

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DE
L'HYPOTHÈQUE LÉGALE
DE LA FEMME MARIÉE

D'après le projet de réforme hypothécaire
déposé par le gouvernement le 27 octobre 1896

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

HENRY DUFOUSSAT

JUGE SUPPLÉANT AU TRIBUNAL DE DIEPPE

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1898

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DE
L'HYPOTHÈQUE LÉGALE
DE LA FEMME MARIÉE

D'après le projet de réforme hypothécaire
déposé par le gouvernement le 27 octobre 1896

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS
Sera soutenu le mardi 15 février 1898, à 1 heure

PAR

HENRY DUFOUSSAT

JUGE SUPPLÉANT AU TRIBUNAL DE DIEPPE

Président : M. PLANIOL.

*Suffragants : { MM. MASSIGLI, professeur.
SALEILLES, agrégé.*



PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1898

A MON PÈRE

A MA MÈRE

A LA MÉMOIRE DE MES GRANDS-PARENTS

DE
L'HYPOTHÈQUE LÉGALE DE LA FEMME MARIÉE

D'APRÈS LE PROJET DE RÉFORME HYPOTHÉCAIRE
DÉPOSÉ PAR LE GOUVERNEMENT LE 27 OCTOBRE 1896

CHAPITRE PREMIER

**HISTORIQUE DE L'HYPOTHÈQUE LÉGALE DE LA
FEMME MARIÉE.**

**I. — Origine de l'hypothèque légale. — Lois
révolutionnaires.**

Toutes les législations qui ont frappé d'incapacité la femme dans le mariage en reconnaissant le mari comme le chef de l'association conjugale, lui ont donné en retour des garanties pour assurer la restitution de ses apports et les droits éventuels que l'administration du mari peut faire naître à son profit. Le législateur du Code civil, ayant jugé sans doute la femme inhabile à prendre des sûretés elle-même, lui a accordé une hypothèque légale sur les biens de son mari.

Il a fait plus : il dispense cette hypothèque d'ins-

cription, il la fait peser sur la totalité des biens du mari : privilèges considérables, que la qualité du créancier semble seule pouvoir justifier.

Il n'en a pas toujours été ainsi :

Avant le Code, l'hypothèque légale de la femme ne présentait pas les mêmes caractères de généralité et de clandestinité ; depuis, il n'est peut-être aucune matière qu'on ait si souvent proposé de modifier, et le projet de loi que nous allons essayer d'examiner sur ce point spécial, vient après bien d'autres tenter une réforme très désirable.

D'autre part, nous verrons qu'aucune législation moderne, — et beaucoup de pays, depuis un siècle, se sont donné un Code civil plus ou moins inspiré du nôtre, — ne reconnaît à l'hypothèque légale de la femme ce caractère de généralité et d'occultisme.

D'où vient cette disposition législative si particulièrement remarquable ?

De la source la plus féconde du droit français, du droit romain qui l'a créée et nous l'a léguée à peu près telle qu'elle existe aujourd'hui.

Les institutions germaniques, qui ont eu sur la formation de notre droit national une influence si décisive, ne la connaissaient pas, et le droit canonique qui a exercé aussi une influence heureuse et bienfaisante sur la condition privée de la femme, n'a rien eu à ajouter à cette garantie matérielle, instituée par le droit romain.

L'hypothèque légale de la femme a été constituée telle que nous la trouvons sous Justinien, par suite d'une lente évolution dans la conception juridique, sinon du mariage, du moins des droits respectifs des époux. Sans en retracer les phases, nous devons constater que cette institution nous a été transmise presque intacte à travers tout le droit de l'ancienne France et qu'elle se retrouve dans le Code civil avec les mêmes caractères généraux qui lui ont été assignés à sa création. Justinien, en accordant cette garantie à la femme, n'avait pu la lui donner que telle qu'elle existait dans la législation romaine, c'est-à-dire clandestine et générale.

Dans notre droit ancien l'hypothèque légale de la femme ne pouvait également que conserver ces caractères, puisque toutes les hypothèques étaient occultes et générales. Plusieurs tentatives avaient été successivement effectuées en 1673 et en 1771 pour organiser la publicité, mais elles étaient restées infructueuses. Lorsque s'ouvrit la période du droit intermédiaire une réaction se manifesta contre le régime hypothécaire. Du premier coup, la législation révolutionnaire réalisa la réforme que l'on projette aujourd'hui d'accomplir, en soumettant à la publicité et à la spécialité les hypothèques légales en général.

Aussi, il nous paraît intéressant d'exposer dans quels termes fut conçue cette œuvre législative dont le Code civil s'est écarté sur la matière qui nous occupe, puis-

que notre sujet est précisément l'étude d'une réforme qui ne constitue qu'un retour aux principes des lois de l'époque révolutionnaire. Le but auquel tend le projet de loi déposé en octobre 1896 par la Chancellerie, la Convention l'avait en partie atteint par les lois du 9 messidor an III et du 11 brumaire an VII.

Différentes propositions aboutirent à la première de ces lois votée le 27 juin 1795.

Cette loi, plus connue sous sa date du calendrier révolutionnaire, 9 messidor an III, réglait ainsi la matière légale de la femme mariée pour le passé :

« TITRE II. — Des hypothèques pour le passé.

« ART. 260. — *A l'égard des créances hypothécaires indéfinies, ceux qui y ont droit sont tenus d'en déterminer le montant précis, et de le consigner dans le bordereau des dites créances, à défaut de quoi, elles ne pourront être inscrites, et défenses sont faites aux conservateurs de les recevoir ni admettre dans leurs registres à peine de nullité et des dommages-intérêts du grevé d'hypothèques.*

« ART. 261. — *Les hypothèques acquises au profit de l'un des époux contre l'autre, en vertu du droit des actes et contrats publics ou privés, soit des lois générales de l'Etat, soit du droit écrit, dans les pays qui l'admettent, soit des coutumes et statuts, seront inscrites à la*

diligence de celui qui y aura droit, sans qu'il soit nécessaire à la femme mariée, même celle mineure, de recourir à l'autorisation de son mari nonobstant toutes les lois et coutumes contraires.

« ART. 266. — *En cas d'inscriptions exagérées ou mal fondées, les grevés d'hypothèques auront le droit de les faire réduire ou supprimer.* »

Donc, en ce qui regardait les époux déjà unis, pour les femmes, ayant acquis hypothèque d'après le droit préexistant, antérieurement à la publication de la loi, elles devaient faire inscrire leur hypothèque dans un délai qui expirait le jour de la mise en pratique de la loi nouvelle, c'est-à-dire le 1^{er} nivôse an IV (art. 262), et elles devaient évaluer le montant de leurs reprises, afin de déterminer la somme pour laquelle l'inscription était prise. C'était la publicité la plus complète, mais ce n'était pas tout à fait la spécialité, telle que nous l'entendons aujourd'hui, car la femme n'était pas tenue de désigner les immeubles sur lesquels devait frapper son droit hypothécaire.

La particularité la plus caractéristique de cette loi, outre la consécration solennelle du principe de la publicité assurée d'une manière aussi efficace, c'était cet effet rétroactif ainsi organisé, que l'on rencontre encore dans plusieurs lois de cette période, par lequel le législateur a si formellement manifesté sa volonté de ne plus rien laisser subsister de l'ordre des choses qu'il modifiait.

Pour l'avenir, les hypothèques légales ou tacites étaient supprimées dans les termes suivants :

« TITRE I^{er}. — Des hypothèques pour l'avenir.

« ART. 3. — *Il n'y a d'hypothèque que celle résultant d'actes authentiques inscrits dans des registres publics ouverts à tous les citoyens.*

« ART. 17. — *Nulle obligation ou titre de créance ne peut conférer hypothèque s'il n'est fait par acte public de la juridiction volontaire ou contentieuse, ou, si étant par écrit privé, il n'a été reconnu par acte ou jugement public ; en conséquence, il n'y a plus d'hypothèque tacite. »*

Néanmoins, si la femme voulait des garanties, en vertu du principe de la liberté des conventions qui, s'il n'avait pas été proclamé, devait être tacitement reconnu, il lui était permis de stipuler une hypothèque pleinement valable, à la condition qu'elle la fasse inscrire, et que l'étendue de la créance fut déterminée.

Mais, cette loi ne reçut pas d'exécution ; après plusieurs prorogations successives, elle fut indéfiniment prorogée le 5 vendémiaire an V.

Deux ans s'écoulèrent, et le 11 brumaire an VII, fut adoptée une nouvelle loi destinée, non pas à modifier, mais à remplacer la précédente.

Cette loi, plus importante parce qu'elle reçut exécution, reconnaissait à la femme une hypothèque légale, pour garantir la restitution de sa dot, et l'exécution des

conventions matrimoniales, mais sous l'obligation de la faire inscrire.

« ART. 2. — *L'hypothèque ne prend rang qu'à dater de son inscription dans les registres publics à ce destinés.*

« ART. 3. — *L'hypothèque existe, mais à charge de l'inscription pour les créances auxquelles la loi donne le droit d'hypothèque.*

« ART. 4. — *Quant aux hypothèques que les femmes ont droit d'exercer sur les biens de leurs maris, et à toutes autres hypothèques légales, elles frappent au moment même de l'inscription sur tous les biens appartenant au débiteur, et situés dans l'arrondissement du bureau où se fait l'inscription. »*

Donc, l'hypothèque de la femme était maintenue dans sa généralité (la loi de messidor n'avait organisé la spécialité pour aucune hypothèque ni volontaire ni forcée), et elle s'obtenait sur les biens présents et à venir des débiteurs ; mais elle était, pour sa validité, soumise à l'inscription : du jour où cette formalité était accomplie, l'hypothèque atteignait immédiatement tous les biens présents du mari. Quant aux biens à venir, la femme pouvait également les grever de son hypothèque par des inscriptions ultérieures, mais sans préjudice, dans ce cas, de celles qui étaient antérieures à la sienne.

Pour la spécialité quant à la créance, telle que la loi de messidor l'avait réglée, elle n'était plus exigée aussi complètement. Si l'art. 17 prescrivait que le bordereau d'inscription devait contenir l'énonciation du mon-

tant des capitaux ou accessoires et l'époque de leur exigibilité, ainsi que l'évaluation en numéraire des rentes et prestations pour lesquelles la femme s'inscrivait, l'art. 21 décidait que, lorsqu'il s'agissait de conventions et de droits matrimoniaux éventuels, qui ne seraient encore ni ouverts ni déterminés, l'inscription pourrait être prise en indiquant seulement la nature du droit qu'il s'agissait de conserver à l'époque où il a pris naissance, sans être tenu d'en déterminer le montant.

Enfin, comme le législateur voulait, d'autre part, assurer à la femme cette protection, et qu'il craignait, qu'en raison de son incapacité ou de son état d'indépendance, elle ne puisse en être munie faute d'accomplir les formalités nécessaires, il avait, dans l'art. 22, prescrit les mesures suivantes :

« ART. 22. — *Les inscriptions au profit des époux mineurs, pour raison de leurs conventions et droits matrimoniaux, seront requises par les père, mère et tuteur sous l'autorité desquels les mineurs contractent mariage, sous peine aussi par ceux-ci de répondre du préjudice qui en résulterait.*

« *En cas de retard, les inscriptions mentionnées au présent article seront requises par le Commissaire du Directoire exécutif près les administrations municipales.* »

Cette disposition paraît d'autant plus intéressante à relever, que l'on se devra poser de nouveau la question de savoir quelles personnes seront chargées de prendre inscription pour la femme, si l'on décide que l'hypothèse

que légale de la femme n'acquerra de validité que par l'inscription.

L'art. 23 semble aussi devoir être signalé : il règle la question de la péremption que n'a pas prévue le projet de loi déposé en octobre 1896.

« ART. 23. — *L'effet des inscriptions subsiste sur les époux pour tous leurs droits et conventions de mariage, soit éventuels pendant tout le temps du mariage et un an après.* »

II. — Confection du Code civil. — Discussion relative à l'hypothèque légale de la femme.

La réforme réalisée par la loi de brumaire ne devait pas subsister. Lorsque, sous le Consulat, fut reprise l'idée d'une codification générale de toutes les lois et coutumes en usage jusqu'alors, on comprend sans peine que le régime hypothécaire dût préoccuper au plus haut point les jurisconsultes chargés de la confection du Code civil ; de tous les titres de notre Code, il n'en est pas un qui ait donné lieu à des discussions plus profondes et plus étendues, précisément, sur les principes de la publicité et de la spécialité opposés à ceux de la clandestinité et de la généralité.

Après toutes les phases qu'avait parcourues la législation sur cette matière, il est évident que les esprits devaient être partagés sur le mérite et les inconvénients respectifs des trois systèmes entre lesquels il fallait choisir.

1° Le système du droit romain, qui ne diffère guère du suivant, antérieur à la loi du 11 brumaire an VII, qu'en ce que l'usage des lettres de ratification y était inconnu.

2° Celui en vigueur avant la loi du 11 brumaire an VII, qui faisait résulter de plein droit l'hypothèque de l'authenticité du titre, l'étendait sur l'universalité de tous les biens présents et à venir, réglait le rang des hypothèques d'après la date des contrats, et offrait aux tiers acquéreurs le moyen de purger en prenant des lettres de ratification.

3° Celui de la loi du 11 brumaire an VII, qui reposait sur les deux bases principales de la publicité et de la spécialité, n'attribuait d'effet à l'hypothèque que du jour de l'inscription, et n'admettait de constitution d'hypothèque que sur les biens présents.

Le projet de la commission, dont les membres étaient fortement opposés au système de la loi de brumaire, consistait à revenir à peu près au système antérieur, et à rétablir le régime hypothécaire tel qu'il existait sous l'empire de l'édit de 1771.

Les tribunaux d'appel, consultés à ce sujet, ne furent pas tous du même avis ; vingt-deux d'entre eux adoptèrent le projet de la commission, mais les huit autres (Paris, Lyon, Bruxelles, Rouen, Caen, Douai, Grenoble, Montpellier) et le Tribunal de Cassation, furent d'une opinion différente, et se prononcèrent pour le maintien du système de la loi de brumaire an VII « affirmant

comme juges, et d'après leur actuelle expérience, que le principe de la publicité et de la spécialité des hypothèques est essentiellement conservateur de la propriété, créateur du crédit public et du crédit particulier, régénérateur de la bonne foi et des mœurs (1). »

Une improbation si ouvertement et si énergiquement manifestée par des tribunaux qui tous siégeaient dans les villes les plus peuplées, et les plus industrieuses, devait imposer à la section de législation le devoir d'examiner avec le plus grand soin les motifs d'une innovation, retour à un ancien ordre de choses, qui inspirait de telles craintes, et était repoussé avec tant d'énergie. Instruite déjà par les longues discussions qui avaient précédé pendant quatre années l'adoption de la loi de brumaire, elle remit en question le nouveau projet présenté par la commission.

Sur les huit membres présents à la délibération, quatre votèrent pour le système inauguré en l'an VII, modifié cependant dans quelques-uns de ses détails ; deux autres votèrent pour le projet de la commission ; les deux derniers s'abstinrent, mais leurs voix ayant été toutefois comptées parmi celles qui votaient pour le projet, on déclara qu'il y avait partage.

En présence de cette diversité d'opinions, au sein même de la section de la législation, et surtout en présence d'une question de cette importance, qui intéressait à un si haut degré la fortune mobilière et immobi-

(1) Fenet, *Travaux préparatoires du Code Napoléon*.

lière de tous les citoyens, l'on devait nécessairement rechercher tous les moyens propres à éclairer la discussion et l'on résolut de présenter deux projets au Conseil d'Etat ; l'un, devant exposer les motifs sur lesquels se fondait l'innovation contenue dans le projet de code ; l'autre, devant exposer les motifs qui devaient entraîner la conservation du système de la loi de brumaire.

Bigot de Préameneu fut chargé de soutenir et de faire valoir le projet de la commission, et Réal fut chargé de présenter les observations en faveur du système de l'an VII. Ces deux exposés furent faits dans la séance du 12 pluviôse an II (2 février 1804), sous la présidence du Premier Consul.

De cette discussion d'où sortit notre régime hypothécaire actuel, l'on peut retenir quelques passages intéressants sur ce qu'on traita à l'hypothèque légale de la femme. Celle-ci fut invoquée souvent comme argument en faveur de l'ancien système qu'il s'agissait de faire renaître.

Bigot de Préameneu, son défenseur, fit observer que les caractères et les avantages du nouveau système n'étaient pas supposés, puisqu'on admettait toujours des hypothèques indéfinies en vertu de la loi.

Treilhard ayant pris la défense du nouveau système, Cambacérès observa que si Treilhard avait discuté avec avantage le système qu'il soutenait sous le double rapport de la publicité et de la spécialité il avait paru moins fort lorsqu'il avait parlé des hypothèques légales. « Il est du devoir du législateur, ajouta-t-il, de veiller à la

sûreté de ces sortes d'hypothèques. Elles se lient à l'intérêt public : l'Etat est intéressé à ce que les femmes ne perdent point leur dot. »

Bigot de Préameneu ajouta alors que le système existant dénaturait les hypothèques légales. « La loi, dit-il, les a créées et distribuées elle-même afin qu'elles fussent indépendantes de toute convention, de toute formalité, et cependant il suffit aujourd'hui d'un défaut d'inscription pour les faire perdre. »

Treilhard répondit que l'ancien système obligeait bien les bénéficiaires d'hypothèques légales à faire opposition aux lettres de ratification, qu'il ne serait pas plus difficile de prendre des inscriptions que de former des oppositions.

A son tour, Tronchet rejeta le système de la loi de brumaire parce qu'il n'est pas applicable aux contrats les plus importants, le mariage par exemple : un père n'accorde pas toujours la main de sa fille à l'homme qui possède le plus d'immeubles ; très souvent, il la donne à celui dont la bonne conduite, l'état, l'industrie paraissent offrir une garantie suffisante. Il n'exige pas toujours l'emploi de la dot, parce qu'elle est quelquefois nécessaire pour faire prospérer les affaires des deux époux, et leur ménage commun. Souvent, c'est à cause des espérances du mari par rapport à la succession future de son père, que le mariage se conclut. Dans tous les cas : ou il est impossible de se conformer à la loi de brumaire, ou on ne s'y conforme qu'en contrariant les vues des familles.

On a beau objecter que quand le mari n'est pas propriétaire d'immeubles, la loi du 11 brumaire donne du moins à la femme l'assurance de voir inscrire sa dot sur les immeubles qu'il pourra acquérir; une telle assurance est bien illusoire; c'est contre le mari dissipateur qu'elle est établie, or, un tel mari se gardera bien de prévenir son épouse des changements survenus dans sa fortune. Que si la femme les découvre par quelque autre moyen, il lui est bien difficile d'en tirer avantage, n'ayant sous la main, ni le contrat de mariage qui forme son titre, ni les fonds nécessaires pour payer les frais d'inscription. Et, quand elle parviendrait à forcer ces obstacles, voilà le trouble et la désunion entre les deux époux.

« Supposons cependant, contre toute vraisemblance, ajouta-t-il, que l'inscription puisse être prise, comment la spécialiser? Les reprises de la femme sont indéterminées. On a proposé à ce sujet de les inscrire pour ainsi dire à forfait. Il en résulterait d'abord un procès sur l'évaluation; ensuite, peut-on prévoir les événements qui, peut-être, changeront l'état actuel des choses? Il est possible qu'une femme, dont les droits présents s'élèvent à une somme modique, recueille une succession mobilière qui porte ses reprises à un chiffre considérable. D'ailleurs, c'est détruire l'essence du contrat, que de déterminer à l'avance les reprises, car, le mari est indéfiniment engagé à restituer tous les biens qui écherront à la femme. »

Portalis admit la publicité organisée par la loi de

brumaire, à la condition qu'on ne l'étendît pas aux engagements qui naissent du mariage et de la tutelle :

« Il est absurde, en effet, de vouloir donner de la publicité au fait du mariage qui est déjà public. Quand on traite avec un homme marié, on n'ignore pas qu'il se trouve engagé dans le mariage ; aussi, en Provence, les articles non publiés d'un contrat de mariage donnaient-ils hypothèque, parce que, disait-on, chacun est averti, par le fait, de prendre ses précautions. La publicité que donnent les inscriptions est donc un bienfait inutile, puisqu'elle est acquise d'une manière bien plus certaine par la notoriété. »

Treilhard répondit que si la publicité est utile, il n'y faut rien soustraire, pas même l'hypothèque légale. Il n'est pas sans exemple qu'un homme soit marié, quoiqu'il passe pour célibataire ; il ne suffit pas après tout, qu'on sache qu'un homme est marié pour traiter sûrement avec lui, il importe encore de connaître l'étendue des engagements que son mariage lui impose.

« Mais, dit-on, quelle lumière peut donner à cet égard l'inscription, puisque ces engagements sont indéterminés ? Cette objection a bien plus trait au système de la spécialité, dont le système de la publicité est complètement indépendant. Au reste on a déjà indiqué, dans le cours de la discussion, le moyen de rendre les hypothèques légales déterminées. Et quand elles ne le seraient pas, les tiers pourront toujours vérifier si les biens du mari sont frappés d'hypothèques, avantage qu'ils n'ont dans aucun autre système. »

Passant à l'opinion de Tronchet, Treilhard observa que la longue durée de l'ancienne législation n'est pas un préjugé qui doive être ici de quelque poids. On sait d'abord qu'il est de longues erreurs, mais celles dont on parle n'ont pas même l'avantage d'une possession paisible : souvent on a réclamé contre ce dangereux système des hypothèques.

« On dit encore, ajouta Treilhard, que le système de brumaire ne peut convenir aux transactions les plus importantes, et particulièrement aux contrats de mariage. Ce système s'adapte aux contrats de mariage comme à toutes les autres conventions. Il est facile de concevoir, en effet, qu'il donne entière sûreté pour la dot. Ce n'est pas cependant que le mari ait toujours des immeubles à offrir en garantie, mais alors, le père et l'épouse ne cherchent leur sûreté dans aucun système hypothécaire, ils croient la trouver dans la confiance que leur inspire la moralité du mari, et ils s'en contentent. Mais, dans ce cas même, la loi de brumaire leur est utile, en ce qu'elle soumet à l'hypothèque de la dot les biens qui peuvent échoir par la suite. La femme peut prendre inscription sur ces biens, sans être arrêtée par les obstacles dont on a parlé ; si elle n'a pas le contrat, elle le lèvera chez le notaire ; quant aux frais de l'inscription, ils sont trop modiques pour qu'une femme se trouve dans l'impuissance de les faire.

« L'hypothèque légale, a-t-on objecté encore, est établie par la seule force de la loi, qu'est-il donc besoin pour

qu'elle ait ses effets, du fait de l'homme, ou de formalités extérieures.

« Sans doute, c'est la loi qui donne l'hypothèque, mais la loi ne suppose pas, lorsqu'elle apporte son secours, qu'on demeure dans l'inaction. Elle accorde certains avantages, à condition de les demander.

« On observe enfin, que la bonne foi était l'âme des contrats, il faut bien se garder d'accoutumer les citoyens à une défiance et à des précautions qui changeraient le principe des conventions entre les hommes.

« La conséquence rigoureuse de cette doctrine, serait qu'il ne faut point du tout d'hypothèque. Cependant, elle est professée par ceux-là mêmes qui se plaignent de ce qu'on ne permet pas d'étendre l'hypothèque sur les biens même à venir. Ils sont au surplus dans l'erreur. Les partisans de la loi de brumaire accordent l'hypothèque sur tous les biens, ils veulent seulement qu'elle soit publique et spéciale, parce que l'expérience leur apprend que les hypothèques occultes nuisent aux citoyens honnêtes, qui, dans leur aveugle confiance, s'en rapportent trop facilement aux fausses apparences de la fortune. La justice veut qu'on leur fournisse un moyen de les vérifier et d'éviter des surprises. Il est possible que cette trop grande évidence de la situation de chacun prive quelques hommes de leur crédit, mais quel est l'inconvénient de ruiner un crédit qui ne reposerait que sur la fraude et la fourberie. »

A ce moment, le Premier Consul déclara qu'entre les

trois systèmes : lois romaines (ni publicité, ni spécialité), édit de 1771 (publicité sans spécialité), et loi de brumaire (publicité avec spécialité), celui du droit romain lui paraissait plus dans la nature et dans les principes de la justice civile, en ce qu'il donne la garantie la plus entière pour les hypothèques légales. Puis, il ajoutait : « Serait-il impossible de concilier ces différents systèmes ? »

« Ne pourrait-on pas laisser subsister la nécessité de l'inscription pour toutes les hypothèques, hors les hypothèques légales ? Car, la loi doit défendre celui qui ne peut se défendre lui-même. On n'a point répondu à cette raison : or, la femme et le mineur sont incapables de veiller à leurs intérêts, et cependant, dans l'état actuel des choses, il ne faut que l'omission d'une formalité pour leur enlever l'hypothèque que la loi a entendu leur assurer. »

Le conseiller Treilhard objecta que sous l'empire de l'édit de 1771, il suffisait aussi qu'il n'eut point été formé d'opposition, pour que le mineur et la femme perdisent leur hypothèque.

« Mais, répliqua le Premier Consul, il y a une grande différence entre faire dépendre d'une formalité l'effet d'une hypothèque, qui doit être forcée par cela seul qu'elle est déclarée légale, et laisser périr les hypothèques acquises en négligeant de former l'opposition et le conseiller Bigot de Préameneu a fort bien observé à cet égard que le défaut d'opposition n'efface du moins

l'hypothèque que sur un seul immeuble, tandis que le défaut d'inscription en affranchit tous les biens du débiteur.

Pour que le code porte une profonde impression de justice civile, il est nécessaire de concilier ces différents systèmes. La justice civile s'oppose à ce qu'on reporte sur le mineur et sur la femme les suites d'une négligence qu'il n'était pas en leur pouvoir d'empêcher. Ce principe ne doit pas être sacrifié au désir, très louable d'ailleurs, de rendre les transactions plus sûres. Il ne faut pas acheter au prix d'une injustice, l'avantage de simplifier la loi : tous les principes doivent être également respectés.

Il semble qu'on parviendrait à tout concilier si l'on décidait que les hypothèques légales frapperont de plein droit les immeubles du mari et du tuteur, et que cependant il sera permis au mari de les restreindre à une portion suffisante de ses biens, si la femme y consent. »

Portalès dit alors qu'il était impossible de concilier avec la loi de brumaire les véritables principes sur les hypothèques légales :

« Cette loi veut la publicité et la spécialité.

« Les inscriptions sont inutiles pour établir la publicité des hypothèques légales, puisqu'elles existent par la notoriété du fait du mariage.

« Ces précautions seraient même dangereuses. Le moment où l'on s'occupe des apprêts du mariage, est le moment de la confiance entre les deux époux : peut-être que l'altérer alors, ce serait la détruire à jamais. Ce

serait même compromettre les intérêts de la femme et des enfants, et opérer leur ruine, que de faire crouler, pour un simple défaut de formalité, le contrat de mariage qui est le fondement de la famille.

« Les tiers sont inexcusables, quand ils voient des personnes mariées, de n'avoir point prévu qu'il pouvait exister un contrat. C'est pour cette raison que quelques anciens parlements attachaient même aux actes sous seings privés l'effet de produire l'hypothèque légale au profit de la femme.

« Si c'est la spécialité qu'on veut obtenir, elle est impossible, puisqu'il s'agit de droits qui ne sont pas encore fixés, et qui peuvent naître d'événements postérieurs.

« En général, toute hypothèque légale existant par la seule force de la loi, ne peut plus être subordonnée à une formalité extérieure, sans cesser d'être légale. »

En somme, le Premier Consul, dont l'avis était complété par celui de Portalis, pensait donc qu'on pouvait laisser subsister la publicité à l'égard de toutes les hypothèques, sauf les hypothèques légales, mais qu'on devait faciliter l'affranchissement des immeubles grevés d'hypothèques légales, en autorisant à rendre ces hypothèques spéciales, d'après une procédure sommaire, ou d'après le consentement de la femme.

Cambacérès agita la question de savoir si l'on devait faire dépendre l'effet des hypothèques légales de la formalité soit de l'opposition, soit de l'inscription.

« Il paraît, dit-il, que l'effet des hypothèques légales ne

devrait pas dépendre de la formalité de l'inscription à moins qu'on ne prenne des précautions tellement sûres que cette formalité soit toujours indubitablement remplie et que la femme ne puisse pas être dépouillée brusquement, par une translation de propriété clandestine. Il était possible d'adopter les moyens proposés par Treilhard. On pouvait aussi exiger le dépôt du contrat de vente pendant un certain temps, ou exiger que l'acquéreur notifie une opposition à la femme. Ce n'était point lui imposer une obligation onéreuse, que de la soumettre à quelques formalités qui assurent son repos sans entraîner de grands frais. »

En un mot, pour cet orateur encore, les hypothèques légales devaient être affranchies de l'inscription qu'on pouvait, au surplus, conserver pour les hypothèques conventionnelles, et si l'on trouvait quelques avantages à spécialiser les hypothèques légales, ce devrait être du moins par des formes particulières.

Treilhard répéta cependant qu'il croyait possible de soumettre les hypothèques légales à la formalité d'inscription et il y voyait de l'avantage. Au surplus, il consentait à ce que cette hypothèque fût toujours générale, et qu'elle donnât le droit de former inscription sur tous les biens, même ceux à venir.

Mais, le Premier Consul attaqua les décisions que l'on pouvait prendre dans le sens de ce dernier orateur, parce qu'elles consacraient des principes différents de ceux qui ont présidé à la rédaction des autres parties du Code.

Il avait été décidé précédemment que la femme aurait un recours pour ses droits, sur les biens de son mari. Ce recours, on veut le rendre sans effet (en obligeant à l'inscription, et en rapportant le rang de son hypothèque à la date de son inscription), car, souvent la sûreté de la femme repose en entier sur les biens qui échoient ensuite au mari ; au moment du mariage, il peut n'y avoir pas de biens ; tout se réduit à une espérance pour l'avenir.

Il fallait donc recourir aux moyens indiqués pour concilier le système des hypothèques légales avec celui de la publicité et de la spécialité.

Le conseiller Jolivet fit remarquer que le système de la loi de brumaire ne peut plus se soutenir si les hypothèques légales existent de plein droit ; les maris, tuteurs, comptables forment la moitié de la société. Dès lors, la publicité et la spécialité des créances perdent tous leurs avantages ; elles ne sont utiles que pour connaître quels biens sont engagés, et pour quelle somme ; cependant, il devient impossible de s'assurer de ce point de fait si les immeubles peuvent être grevés d'hypothèques légales inconnues et indéterminées.

Tronchet dit : « On accorde d'abord que l'hypothèque légale doit être générale, puis on veut la soumettre à l'inscription, ce qui la rend nécessairement spéciale ; ainsi, on ne l'appelle générale que parce qu'il est possible de la faire inscrire sur chacun des biens de l'individu responsable ; or, il est impossible que l'hypothèque légale de la femme puisse être spécialisée.

« Elle ne peut être déterminée au moment du mariage, souvent même elle n'aurait point de prix, parce que souvent l'époux ne possède point d'immeubles à l'époque du mariage. On répond que la femme ayant une hypothèque générale, peut prendre inscription sur les biens que le mari acquiert dans la suite. Mais on ne prend pas garde que les précautions ne sont nécessaires que contre le mari dissipateur, et que le mari dissipateur se garde bien d'avertir la femme des acquisitions qu'il fait, ni de désigner l'immeuble dont il devient propriétaire. Et cependant, la désignation est nécessaire pour former inscription. »

Treilhard essaya encore de soutenir son opinion, en disant que le système qu'il adoptait se conciliait parfaitement avec les dispositions du Code civil antérieurement admises. « Si l'on suppose un mari dissipateur, alors on fait à la femme un présent funeste, en lui accordant l'hypothèque légale, car le mari la forcera à s'engager solidairement avec lui, et alors, à quoi lui serviront ses hypothèques ?

« Le régime qu'il propose paraît plus simple ; la femme, pour prendre inscription, n'est obligée à aucune dépense, elle n'a pas besoin de son contrat de mariage, elle peut même former inscription à l'insu de son mari. »

Mais, le Premier Consul déclara qu'il ne pensait pas que les hypothèques légales dussent dépendre de la formalité de l'inscription. Il voudrait cependant que l'ac-

quéreur fût admis à les purger par une procédure particulière, qui garantisse également ses droits et ceux de la femme, et que cette procédure ne puisse avoir lieu qu'après que le contrat serait demeuré exposé pendant deux ou trois mois au bureau des hypothèques.

Cambacérès appuya en disant qu'il ne pensait pas non plus que l'inscription dût être une condition dont l'oubli exposât la femme à perdre son hypothèque, il faut qu'elle ait sa garantie par la seule force de la loi. Il ne faut pas obliger ceux à qui la loi accorde une hypothèque légale à agir pour la conserver.

Le Premier Consul répéta encore qu'à son avis l'inscription des hypothèques légales ne devait être qu'une simple formalité, et non une condition nécessaire pour en assurer l'effet, et qu'il fallait cependant établir des moyens de les purger.

Le Conseil adopta en principe :

Que toute hypothèque serait publique,

Que l'hypothèque conventionnelle serait spéciale toujours ;

Que la sûreté de la femme et du mineur devait être préférée à celle des acquéreurs et des prêteurs.

Alors, Treilhard rédigea la loi qui devait former le titre des hypothèques, adoptée le 28 ventôse après quelques amendements, et qui consacra un moyen terme entre les deux principes en présence.

Si celui de la loi de brumaire paraît avoir été pris comme base dans l'art. 2134 du Code, il y fut apporté

une exception si considérable sous l'influence de l'autre opinion, à l'occasion des hypothèques légales, qu'elle en détruit presque complètement la portée.

Nous avons rapporté cette longue discussion qui, si elle n'a pas le mérite de l'actualité, a, au moins, celui de tenir par les liens les plus étroits au sujet traité. Les arguments présentés de part et d'autre peuvent être encore aujourd'hui invoqués dans l'étude de la question qui nous occupe. Quelques-unes des observations faites par des jurisconsultes aussi éminents que les rédacteurs du Code civil paraissent à l'heure actuelle, après un long usage de la législation, avec le changement des idées et des mœurs, avoir perdu un peu de leur saveur et de leur intérêt.

Cependant, la plupart des considérations échangées dominant encore la grande question de la publicité et la spécialité de l'hypothèque légale de la femme mariée. Mais il est possible que les débats dont elle sera l'objet soient déplacés et portés sur un terrain nouveau : ce ne sera peut-être pas seulement la transformation de cette garantie qui sera agitée mais son existence même qui sera mise en cause...

Le régime établi par la loi de ventôse a subsisté jusqu'à ce jour, malgré de nombreuses tentatives de réforme et les attaques violentes dont il a été l'objet. Le projet déposé au Sénat par la Chancellerie au mois d'octobre 1896 tente contre lui un dernier assaut, qui, plus

heureux que les précédents, paraît devoir être couronné de succès puisqu'il est conforme au vœu de l'opinion publique.

III. — Lois qui ont modifié le régime de l'hypothèque légale.

Nous avons vu une partie de la longue et vive discussion ayant précédé le vote de la loi du 28 ventôse an XII, qui forme dans notre Code le titre des Hypothèques. Le principe de la publicité et de la spécialité qui avait triomphé, en apparence, n'en avait pas moins reçu, en réalité, une grave atteinte par l'exception importante admise au profit des hypothèques légales. Le moyen terme choisi pour concilier les deux systèmes ne devait pas satisfaire tous les esprits.

D'autres imperfections du régime hypothécaire, auxquelles il a été partiellement remédié depuis (loi du 23 mars 1855), firent que, peu de temps même après sa mise en vigueur, il se forma un courant d'opinion considérable pour en demander la réforme. Et il n'est peut-être aucune autre partie du Code civil qui ait été l'objet d'aussi vives critiques. D'après la majorité des auteurs, le titre des hypothèques est, en effet, le point faible de l'œuvre des législateurs du Code civil ; aussi la plupart des pays, qui ont emprunté notre législation civile, l'ont modifiée sur cette matière.

Dans les propositions soumises aux assemblées législatives comme dans les ouvrages de pure doctrine

qui exposaient les changements à introduire, le régime de l'hypothèque légale de la femme a toujours été l'une des parties qu'il était proposé de réformer. Sur ce point spécial, où nous avons seulement à nous placer, il n'est intervenu jusqu'ici que des modifications de détail ; nous allons les passer en revue, car il nous paraît que la plupart marquent une tendance constante vers l'objet de la réforme proposée, vers la publicité et la spécialité.

En suivant l'ordre chronologique, dès l'année 1807, nous voyons le Conseil d'Etat appelé à donner des avis sur le mode de procéder pour purger l'hypothèque légale de la femme, et ses décisions du 1^{er} juin 1807 et du 8 mai 1812 règlent encore cette matière (1). Le 22 janvier 1808 le Conseil d'Etat rendit un nouvel arrêt sur le renouvellement de l'inscription de l'hypothèque légale de la femme (2).

Ces trois décisions se rapportant à des questions qui se posent en cas d'inscription de l'hypothèque légale de la femme, nous les examinerons lors de la critique du projet de loi que nous nous proposons d'étudier. Du reste, loin de réformer le Code civil, ces avis du Conseil d'Etat ne font qu'interpréter et compléter ses dispositions.

(1) Duvergier, t. 16 et 18.

(2) Duvergier, t. 16.

§ 1^{er}. — Loi du 28 mai 1838.

La loi commerciale du 28 mai 1838 a édicté des règles spéciales au cas où le mari est déclaré en faillite ou en état de liquidation judiciaire. Sans toutefois porter atteinte au principe de l'hypothèque légale de la femme mariée, elle a néanmoins introduit des innovations touchant à ses caractères généraux.

Celle de ses dispositions qui est la plus caractéristique et la plus remarquable, au point de vue du sujet qui nous occupe, est celle de l'art. 563 al. 1^{er} qui modifie l'assiette de l'hypothèque légale de la femme et lui enlève une partie de son caractère de généralité :

« Lorsque le mari sera commerçant au moment de la célébration du mariage, ou lorsque, n'ayant pas d'autre profession déterminée, il sera devenu commerçant dans l'année, les immeubles qui lui appartiendraient à l'époque de la célébration du mariage, ou qui lui seraient advenus depuis, soit par succession, soit par donation entre vifs ou testamentaire, seront seuls soumis à l'hypothèque légale de la femme. »

Toute une classe d'immeubles, ceux acquis à titre onéreux pendant le mariage, est soustraite à l'hypothèque légale de la femme. Cette limitation à un ensemble de biens déterminés, édictée tant pour prévenir une fraude possible à l'égard des créanciers du mari, — celui-ci peut employer ses valeurs, gages de ses créan-

ciers, à l'acquisition d'immeubles sur lesquels la femme exercerait son hypothèque à leur préjudice, — que pour faciliter les transactions du mari commerçant, constitue un cas de spécialisation de l'hypothèque légale de la femme qu'il est intéressant de relever.

Il est vrai que cette restriction, apportée par la loi de 1838, n'était pas de droit nouveau. Le Code de commerce de 1807 avait même traité plus sévèrement la femme sous ce rapport : étaient seuls grevés de son hypothèque les immeubles dont le mari commerçant était propriétaire au jour de la célébration du mariage ; étaient libres les biens advenus par succession, donation ou testament ; mais, lors de la discussion de la loi de 1838, l'on fit remarquer, — et ces raisons subsistent aujourd'hui ; — que s'il y a lieu de penser que les biens acquis à titre onéreux par le mari l'ont été avec l'argent des créanciers, il fallait décider que ceux qui lui adviennent à titre gratuit ne peuvent être réclamés comme gages exclusifs de certains créanciers. Du moment où la femme est créancière du mari et se trouve munie, en sa qualité d'incapable, d'une garantie d'une nature particulière, on ne peut logiquement interdire l'extension de cette garantie à des biens qui ne sont pas présumés être entrés dans le patrimoine du mari grâce à des deniers dont l'origine donne un droit spécial à ceux qui les ont fournis. Cette loi de 1838 n'a pas seulement amélioré la situation de la femme au point de vue de l'assiette de son hypothèque, elle a réglé d'une

manière plus favorable les conditions de preuve de ses apports dont l'hypothèque garantit la restitution.

Sous l'empire du Code de 1807 aux termes de l'article 551, la femme n'avait hypothèque légale que pour les deniers et effets mobiliers qu'elle justifiait par acte authentique avoir apportés en dot, pour le emploi de ses biens aliénés pendant le mariage et pour l'indemnité des dettes contractées par elle avec son mari.

Cet article portait, dit M. Valette (1), l'empreinte de l'indignation provoquée par l'éclat de scandaleuses banqueroutes.

En effet, à cette époque la morale publique avait été souvent blessée par les insultes faites à la misère des créanciers et, « cette offense, dont toutes les âmes honnêtes s'indignaient, était fort sensible à Napoléon dont elle blessait profondément plusieurs idées favorites : l'amour de l'ordre, l'antipathie contre les fortunes rapides et mobiles faites dans les assignats, le trafic des biens nationaux et surtout dans les fournitures des armées, la nécessité de la subordination de la femme, l'indivisibilité de condition entre époux (2) ».

Le législateur de 1838, subissant l'influence de l'opinion qui s'était modifiée avec le temps et s'était déclarée en faveur des femmes, se montra moins rigoureux et accorda le bénéfice de l'hypothèque légale pour les deniers et effets mobiliers advenus aux femmes depuis

(1) Valette, *Privilèges et hypothèques*, p. 261, n° 138.

(2) Renouard, *Faillites et banqueroutes*, I, p. 276.

le mariage par succession, donation ou testament, dont elles peuvent prouver la délivrance par acte ayant date certaine. Il leur reconnaît, dans l'art. 560, la faculté de reprendre en nature les effets mobiliers qu'elles se sont constitués par contrat ou qui leur sont advenus par les modes indiqués ci-dessus, lorsqu'ils ne seront pas entrés en communauté, toutes les fois que l'identité en sera prouvée par inventaire ou par tout autre acte authentique.

Il y a là, néanmoins, une différence sensible avec les dispositions du Code civil relativement à la preuve que la femme doit fournir pour établir l'existence de ses créances résultant des deniers et effets mobiliers qu'elle aura apportés en dot ou qui lui seront advenus depuis le mariage par succession ou donation entre vifs ou testamentaire. En effet, selon le droit commun, la femme est très favorisée sous ce rapport : elle n'a pas besoin de quittances ayant date certaine pour établir le quantum de ses apports et elle peut même prouver par témoins et par commune renommée *unde habuit* et ses héritiers ont le même droit. L'exception apportée par la loi de 1838 aux règles posées dans les art. 1415 et 1504 du Code civil pour la preuve des apports de la femme d'un commerçant failli répond à la préoccupation d'éviter une fraude possible : souvent l'on constitue des dots qui ne sont jamais payées et dans ce cas, lorsque le mari se voit à la veille d'être mis en faillite rien ne l'empêcherait de donner à sa femme un faux récépissé,

afin de la constituer créancière d'une dot qu'il n'aurait pas reçue et d'augmenter ainsi ses droits hypothécaires, ce qui lui constituerait une fortune qu'elle pourrait partager avec lui, au mépris des droits des créanciers.

Mais, ce n'est pas seulement au point de vue de la preuve des apports de la femme et de l'assiette de l'hypothèque que la loi de 1838 déroge aux principes du Code civil : la restriction qu'elle apporte au droit hypothécaire de la femme s'étend également à la nature et à la qualité des créances garanties. En effet l'al. 2 de l'art. 563 énumérant les créances que la femme du commerçant failli peut exercer, a omis l'une de celles qui figure à l'art. 2135, celle qui résulte des conventions matrimoniales. La raison de ce silence se trouve dans l'ancien art. 549 du Code de commerce, qui est devenu l'art. 564 modifié par la loi de 1838. Cet art. 564 refuse à la femme toute action hypothécaire contre la faillite « à raison des avantages portés au contrat de mariage ». Or ces avantages sont précisément les conventions matrimoniales de l'art. 2135, c'est-à-dire des gains de survie, des donations, etc..... ils deviennent non avenus en cas de faillite du mari, il est donc tout naturel qu'ils soient destitués de toute hypothèque.

§ 2. — Lois du 30 juin 1838 sur les aliénés et du 24 juillet 1889 sur la protection des enfants.

Dans la même année 1838, la loi du 30 juin sur les

aliénés dispose dans son art. 34 que lorsqu'un administrateur aura été nommé pour la gestion du patrimoine de l'aliéné non interdit, placé dans un établissement, le tribunal décidera s'il sera constitué sur les biens de l'administrateur prénommé une hypothèque générale ou spéciale. En laissant cette latitude au juge la loi a donné un nouvel exemple de spécialisation de l'hypothèque accordée au profit d'un incapable.

Et dans le même ordre d'idées, on peut rapprocher immédiatement la loi du 24 juillet 1889 sur la protection des enfants, qui dispose que, lorsque le père aura encouru la déchéance de la puissance paternelle et, qu'à défaut de la mère, il sera nommé un tuteur à l'enfant, le tribunal décidera s'il y a lieu de constituer une hypothèque, dans quelle mesure et pour quelle durée elle le sera. Ces exemples montrent bien, que le législateur a été amené à reconnaître qu'on pouvait pourvoir à la protection des incapables en leur accordant des garanties moins étendues et moins gênantes que l'hypothèque générale.

§ 3. — Loi des 10 et 15 juin 1853 sur les sociétés de crédit foncier.

Après la loi commerciale de 1838 vient dans l'ordre chronologique des œuvres législatives qui ont apporté des modifications à l'hypothèque légale de la femme, telle que le Code civil l'avait organisée, la loi des 10 et 15 juin 1853 sur les sociétés de crédit foncier.

Nous y trouvons en faveur de ces sociétés une exception au principe général d'après lequel la faculté de purger les hypothèques appartient au seul acquéreur et est dès lors interdite aux prêteurs de deniers. Déjà, lors de l'enquête de 1841 sur les réformes à introduire dans notre régime hypothécaire, cette idée de permettre la purge aux prêteurs de deniers avait été émise dans les observations présentées par la Cour de Nancy (1), et cette idée avait été si bien accueillie que dans le décret organique du 28 février 1852 la purge était non seulement permise mais obligatoire pour les sociétés de crédit foncier (art. 8 à 24) et elle devait comprendre non seulement les hypothèques, mais encore toutes les autres charges occultes dont la propriété foncière peut être grevée, comme les actions en revendications, les actions rescisoires et résolutoires et les privilèges non inscrits.

La loi des 10-15 juin 1853, modifiant le décret de 1852 dans quelques-unes de ses dispositions, revint à une mesure plus exacte, rendit la purge simplement facultative et en limita l'application aux hypothèques, laissant aussi à l'écart les actions et les autres charges occultes dont l'existence est d'ailleurs, aujourd'hui, sans danger, en présence des dispositions de la loi du 23 mars 1855 sur la transcription.

En ce qui touche l'hypothèque légale de la femme, cette loi de 1853 a organisé pour elle une purge plus

(1) *Documents hypothécaires*, II, p. 748.

rapide et moins coûteuse que celle du Code. Pour le détail des améliorations apportées par cette loi, nous les verrons en exposant les difficultés causées au point de vue de la purge par la clandestinité de l'hypothèque légale de la femme. Nous ne faisons, dans cette partie, que noter les principes sur lesquels repose la loi de 1853 et signaler l'effort qu'elle marque pour obliger, dans les cas déterminés, la femme ou ceux qui ont qualité pour le faire, à prendre inscription. L'art. 24, en effet, donne un délai de quarante-cinq jours à partir de l'insertion dans l'un des journaux désignés pour la publication des annonces judiciaires de l'arrondissement dans lequel l'immeuble est situé, après les significations prescrites. La sanction du défaut d'inscription dans le délai est la réalisation de la purge : Celle-ci confère à la société de crédit foncier la priorité sur l'hypothèque légale de la femme non inscrite. Cependant, observons que cet effet ne se produit qu'à l'égard de la société, l'hypothèque légale continue de subsister et peut être opposée à tous, à l'exception du Crédit foncier, qui a acquis un droit de préférence absolue, et que cette purge ne profite pas aux tiers qui auraient ultérieurement acquis les immeubles du mari.

§ 4. — Loi du 23 mars 1855 sur la transcription.

La loi du 23 mars 1855 a également apporté des innovations considérables à la matière de l'hypothèque légale de la femme mariée. D'abord l'art. 9 tranche par l'af-

firmative une importante controverse de doctrine et de jurisprudence sur le point de savoir si la femme pouvait renoncer à son hypothèque légale au profit des acquéreurs et des prêteurs, ou bien en transmettre le bénéfice par voie de subrogation, lorsque l'inaliénabilité de ses apports n'a pas été stipulée. En reconnaissant cette faculté à la femme, le législateur de 1855 a porté d'abord atteinte à l'intégrité de l'hypothèque légale de la femme telle que le Code civil l'avait conçue, puis, il a ouvert la voie aux limitations conventionnelles d'un droit en principe général en facilitant ces opérations par la seule exigence d'un acte authentique pour les constater. Il semble même que la faculté donnée à la femme de se dépouiller si facilement de la protection que la loi lui accorde ait pu faire apparaître à certains esprits l'inutilité d'une protection aussi fragile et préparer le chemin à une réforme radicale.

Notons aussi, à l'occasion de cet art. 9, que le subrogé, pour bénéficier de la subrogation, doit faire inscrire l'hypothèque légale de la femme, si elle ne l'est déjà, obligation qui consacre une exception remarquable à la faveur qui dispense d'inscription cette garantie et constitue une nouvelle atteinte à son caractère occulte.

Mais cet essai de publicité, organisé par l'art. 9, n'est pas le seul que contienne la loi de 1855 : la dispense d'inscription accordée par le Code civil à l'hypothèque légale de la femme était indéfinie dans sa durée.

Basée sur l'incapacité du créancier, elle survivait à cette incapacité. L'auteur de l'ordonnance de 1673 avait compris qu'il était plus rationnel qu'elle cessât avec la cause qui l'avait engendrée et sa disposition avait été reproduite par la loi du 11 brumaire an VII ; mais ce point de vue avait probablement échappé au législateur du Code. C'est la loi de 1855 qui a corrigé cette erreur ou réparé cet oubli. Avant qu'elle intervint, certains arrêts de Cours d'appel (1), s'appuyant par analogie sur l'art. 2154, qui ordonne le renouvellement de l'inscription hypothécaire tous les dix ans, avaient décidé que la femme veuve, qui n'aurait pas fait inscrire son hypothèque dans ce délai, perdrait son rang. Quelque ingénieux que fût ce système, il était trop peu fondé juridiquement pour devenir général. En effet, l'art. 2154 ne concerne pas les inscriptions primitives mais le renouvellement et l'art. 2135, en édictant la dispense d'inscription, ne distingue pas si le mariage est ou non dissous. Aussi, l'avis du Conseil d'État du 8 mai 1812 avait explicitement déclaré « qu'il n'y avait pas nécessité de fixer un délai particulier aux femmes après la mort de leurs maris pour prendre inscription ». Cette décision, parfaitement conforme au texte du Code civil, avait été battue en brèche dans le projet de réforme hypothécaire de 1850. Déjà en 1841, quand on consulta les Facultés sur cette

(1) Nîmes, 28 mars 1806 ; Agen, 8 mai 1810.

réforme, dix-neuf Cours et Facultés émirent l'avis que, tout en maintenant le principe de la clandestinité de l'hypothèque légale, la femme fût soumise au droit commun de la publicité après la dissolution du mariage, en lui accordant, toutefois, à elle ou à ses héritiers, un délai pour requérir inscription.

Le délai accordé à la femme fut limité à un an, à partir de la dissolution du mariage, du mariage et non de la communauté ; la femme séparée conserve la faveur de l'art. 2135 : le fondement de la disposition nouvelle résidant dans ce fait que la capacité d'action est revenue à la femme ; on a considéré que, dans la séparation de biens, la femme ne jouit pas de la plénitude de son indépendance : « les égards qu'elle doit toujours à son mari, dit Mourlon, peuvent, en effet, peser sur elle et paralyser sa liberté d'action. »

La sanction du défaut d'inscription pour la femme ou ses héritiers, dans le délai fixé, est la perte du rang. L'hypothèque ne prendra rang désormais qu'à la date de son inscription. Cette déchéance ne s'applique qu'au rang et non à la généralité (1), l'hypothèque ne continue pas moins à grever tous les immeubles qui constituent le patrimoine du mari et ceux qui peuvent y entrer ultérieurement. Car elle conserve, même non inscrite, tous ses effets à l'égard du mari, de ses héritiers et de ses créanciers chirographaires ; c'est seulement

(1) Pont, *Privilèges et hypothèques*, II, n° 835.

vis-à-vis des tiers qu'elle n'est plus opposable. Par exemple, si l'acquéreur d'un des immeubles du mari fait transcrire le contrat d'aliénation avant qu'aucune inscription de l'hypothèque légale ait été prise, ce contrat, remontât-il à une époque où le délai de l'art. 8 n'est pas encore expiré, l'acquéreur peut, s'il commence la purge après ce délai, employer les formalités de la purge ordinaire sans avoir rien à redouter de l'inscription, qui serait ultérieurement prise (1). En d'autres termes, quand la femme ou ses héritiers n'ont pas fait inscrire l'hypothèque légale dans ce délai préfix, ils perdent le droit de suite. Et le droit de préférence est également perdu en ce sens que, ne prenant rang qu'à sa date, l'hypothèque légale sera primée par toutes celles que le mari aura consenties pendant le mariage ou avant le jour où elle aura été rendue publique, et elle n'atteindra pas les immeubles aliénés par le mari avant cette époque.

On voit, d'après ces dispositions, dans quel esprit fut votée la loi de 1855. Les paroles de l'orateur du Gouvernement expriment parfaitement la pensée qui a dominé la discussion. M. Suix, conseiller d'État, chargé du rapport contenant l'exposé du projet de loi, s'exprima ainsi à l'occasion de l'art. 8 : « L'existence de l'hypothèque légale, au point de vue de l'inscription, a soulevé d'interminables débats ; nous ne voulons pas

(1) Flandin, *Transcription*, n° 4043 ; Mourlon, *Transcription*, II, n° 878 ; Toulouse, 8 juin 1866.

même donner le plus léger prétexte de les renouveler. Cette grande faveur sera maintenue tant que sera maintenue sa raison d'être, tant que la femme sera dans la dépendance du mari dont l'intérêt est contraire au sien ; la loi supplée par une protection, peut-être exorbitante, à la résistance du mari. Mais, quand la capacité d'action sera venue à la femme, le besoin de la publicité reprendra tous ses droits et il ne peut plus être question d'accorder un délai pour remplir la formalité prescrite par la loi commune. »

L'œuvre de la loi de 1855 fut donc considérable au point de vue qui nous occupe. Elle a réalisé un grand progrès dans le sens de la publicité de l'hypothèque légale de la femme ; elle porte l'empreinte des principes sur lesquels repose la réforme essayée en 1850 et proposée encore en 1896, principes qui tendent à rendre certaines et notoires les charges de la propriété foncière.

**§ 5.— Loi du 21 mai 1858 contenant des modifications
au Code de procédure civile.**

La loi du 21 mai 1858, qui vient ensuite par ordre de date parmi celles qui, dans le cours de ce siècle, présentent des dispositions concernant l'hypothèque légale de la femme, a mis fin à une grave controverse sur l'effet des jugements d'adjudication, au point de vue de la purge des hypothèques légales non inscrites, en raison de la dispense dont elles sont l'objet. La solution appor-

tée par cette loi, qui, dans l'al. 7 du nouvel art. 717 du Code de procédure civile, décide que l'hypothèque légale non inscrite est purgée par ce jugement, est un nouveau stimulant pour obtenir l'inscription de cette hypothèque. En effet, si elle n'est pas inscrite, la saisie immobilière n'est portée à la connaissance de la femme que par des moyens de publicité analogues à ceux organisés pour la purge de cette hypothèque dans l'art. 696 du Code de procédure civile ; c'est-à-dire qu'il y a bien des chances pour que la femme n'en soit pas informée, qu'elle voie son droit de suite anéanti par la purge et son droit de préférence devenu inutile par le paiement du prix effectué. La crainte d'une saisie possible des immeubles du mari incite donc la femme ou ses représentants à inscrire son hypothèque, afin d'éviter les conséquences de la transcription du jugement d'adjudication qui libère les immeubles de toutes les charges qui les grèvent.

En prescrivant des insertions analogues à celles de l'art. 696, la loi de 1858 a réservé encore à la femme une faveur par l'organisation de moyens d'avertissement, car elle a surtout cherché par ces moyens à provoquer l'inscription. Le défaut de celle-ci, en effet, entraîne le résultat déjà connu de la perte du droit hypothécaire, à moins que la femme ne fasse une production à l'ordre dans les délais déterminés par l'art. 717. Mais, cette production lui est facilitée par l'inscription ; car en raison de cette inscription, il devra lui

être adressé une sommation de produire à l'ordre qu'elle ne recevrait pas autrement.

Avant cette loi, beaucoup d'auteurs et la Cour de Cassation décidaient que le jugement d'adjudication sur expropriation forcée ne purgeait pas l'hypothèque de la femme non inscrite parce que l'art. 695 du Code de procédure avait subordonné cet effet à cette condition que les créanciers fussent liés à la procédure par la notification qu'il ordonnait de leur faire. Comme il n'existait aucune disposition semblable en ce qui concernait la femme, la procédure lui demeurait étrangère et ne produisait aucun effet à son égard. L'art. 750 décidait bien que l'ordre pouvait être ouvert sans qu'on eût à observer les délais de l'art. 2194, mais il ne disposait pas que l'hypothèque légale dispensée d'inscription et non inscrite était purgée. Et c'était exagérer la portée du texte que d'en déduire cette conséquence admise par quelques auteurs. Il régnait donc une incertitude pénible et gênante, que la loi du 3 mai 1858 a fait disparaître, marquant ainsi sa place dans l'évolution qui s'accomplit dans le sens de la publicité des charges foncières, pour en rendre l'extinction plus rapide et faciliter la transmission de la propriété.

§ 6. — Loi du 13 février 1889.

La loi du 13 février 1889 a été une nouvelle étape dans cette voie.

En ajoutant à l'art. 9 de la loi du 23 mars 1855 la

teneur de son article unique, elle a tranché une question qui se posait fréquemment dans la pratique et dont la solution incertaine était la source de grands embarras.

Dans les cas où la femme concourrait à la vente d'un immeuble propre du mari ou d'un conquêt de communauté, on se demandait quel était l'effet de sa présence au contrat. Sa participation entraînait-elle renonciation à son hypothèque légale en faveur de l'acquéreur ? C'était une pure question d'appréciation sur laquelle les Cours et les tribunaux furent très souvent appelés à statuer. La loi du 13 février 1889 a précisé les conditions dans lesquelles le concours de la femme à l'acte d'aliénation emportait renonciation à son hypothèque : si elle intervient comme co-venderesse, garante ou caution de son mari, elle est réputée y avoir tacitement renoncé. La solution apportée à cette question a donc heureusement dissipé une incertitude gênante et facilité les ventes d'immeubles, en précisant les cas dans lesquels ils seraient incontestablement dégagés de la charge de l'hypothèque. Mais, on peut adresser au législateur de 1889 le reproche de n'avoir pas fait produire à la renonciation un effet plus définitif et plus complet. Elle devrait signifier extinction pure et simple de l'hypothèque. Quel est, en effet, le but que la femme se propose ? Servir le crédit du mari en lui permettant d'encaisser le prix de la vente. Pour que le résultat cherché se produise, il faudrait admettre que l'hypothèque soit éteinte

purement et simplement. Or la loi du 13 février 1889, en réglementant cette renonciation, la considère comme équivalant à une purge et déclare que le droit de préférence subsiste. Cette loi présume donc, ce qui paraît contraire à l'intention véritable de la femme, pratiquement et théoriquement, que celle-ci n'a eu en vue que le recouvrement de ses reprises et qu'elle a entendu laisser produire à son hypothèque légale ses effets de droit, puisque la loi limite à la purge les conséquences de cette renonciation. Et ce qui prouve bien que telle a été la conception du législateur de 1889 c'est qu'il exige pour la validité du paiement entre les mains du mari le consentement de la femme. Cette exigence montre bien que le législateur a fait fausse route dans cette circonstance, car, si la femme refuse le consentement, la renonciation, à laquelle elle avait consenti, manque tout son effet. Le mari ne peut toucher le prix de la vente et l'acquéreur se trouvera obligé, la plupart du temps, de le consigner, les droits de la femme sur ce prix étant indéterminés ou ne pouvant s'exercer actuellement. On retomberait donc dans tous les inconvénients qu'on espérait éviter, si la pratique n'avait imaginé un moyen d'aboutir à un résultat vraiment efficace ; l'acte authentique par lequel la renonciation doit intervenir porte toujours renonciation de la femme aussi bien à son droit de préférence qu'à son droit de suite. La clause est devenue de style et rend lettre morte les dispositions de la loi du 13 février 1889, dans ce

qu'elles avaient de trop limitatif. Mais il eut mieux valu déclarer définitivement extinctive, à tous points de vue, la renonciation par la femme à son hypothèque légale au profit de l'acquéreur. Le projet de loi ne laisse subsister de la loi de 1889 que le premier paragraphe dont il a même supprimé les mots *et vaut purge* et en abroge toute la partie qui contient toutes les réserves qui ont prêté à la critique.

IV. — Projets de Réforme depuis le Code civil.

Comme on le voit, la législation depuis le Code, sans menacer toutefois le principe même de l'hypothèque légale de la femme mariée, a cependant marqué un effort constant pour en modifier les conditions d'existence dans le sens de la publicité et en restreindre le plus possible l'assiette, en facilitant les dégrèvements conventionnels.

En dehors de l'œuvre législative la doctrine et l'initiative parlementaire ou gouvernementale ont élaboré de nombreuses propositions tendant à réformer notre régime hypothécaire et visant à y introduire des améliorations que les pays voisins avaient déjà réalisées.

Dès l'année 1826, un orateur de talent, devenu plus tard un homme d'État aussi remarquable par la fermeté de son caractère que par l'élévation de ses vues politiques, Casimir Périer, alors député, ouvrait un concours le 5 février, et créait un prix de trois mille francs des-

tiné à l'auteur du meilleur mémoire sur les inconvénients du régime hypothécaire actuel et les réformes qu'il y aurait lieu d'y introduire.

Depuis cette date jusqu'en 1870, de nombreux plans de réforme virent le jour ; les attaques contre cette partie de notre législation civile furent plus vives que jamais et les pouvoirs publics durent s'en préoccuper.

§ 1. — Proposition de 1850 et rapport de M. de Vatimesnil.

Une proposition de loi tendant à la réforme du régime hypothécaire fut déposée le 2 juin 1849 par M. Pougeard, mais le gouvernement qui préparait un projet sur cette grave question, à la suite d'une enquête commencée en 1841 auprès des Cours et des Facultés, ayant déposé le sien quelques mois après, le 4 avril 1850, la même commission s'occupa des deux projets. Comme ils étaient basés sur les mêmes principes et ne différaient que sur des points de détail, la Commission les fondit en un seul, qui fut déposé sur le bureau de l'Assemblée législative le 25 avril 1850, accompagné d'un rapport très remarquable fait par M. de Vatimesnil.

Des événements politiques considérables survenus peu de temps après, détournèrent l'attention des Assemblées législatives et interrompirent la discussion.

Ce projet s'était inspiré des critiques formulées dans les ouvrages de doctrine publiés à la suite du concours ouvert en 1826. On s'était élevé avec force, d'un côté entre le système mixte qui ne présentait qu'une publi-

cité mensongère, et dans lequel les tiers étaient exposés sans défense, à des pièges que la fraude pouvait leur tendre impunément, et d'un autre côté, contre la protection inefficace que la garantie de l'hypothèque légale non inscrite donne à la femme par les moyens qu'avait le mari de la rendre illusoire. Et d'une manière générale, pour l'hypothèque légale de la femme, on réclamait son cantonnement sur des immeubles déterminés, afin de faciliter la libre disposition des biens qui ne sont pas nécessaires pour assurer cette garantie.

Le projet auquel s'arrêta la Commission de 1850 repoussait, en effet, le système des hypothèques occultes qui régissait la France sous l'ancienne monarchie et qui ne s'appuie que sur des considérations morales ne méritant pas de retenir longtemps l'attention : telle que celle qui reprochait à la publicité « de substituer des évaluations et des calculs à des appréciations de bonne foi et de loyauté, et d'introduire ainsi dans les affaires un matérialisme toujours dégradant ». Il repoussait également le système mixte qui, entre autres inconvénients, « laisse une trop large part aux hasards et aux conjectures » pour adopter le système de la loi de brumaire, c'est-à-dire, celui de la publicité complète et absolue. On entendait maintenir à la femme cette garantie, mais on exigeait qu'elle se conformât pour sa conservation à la règle générale de l'inscription et l'on organisait des mesures sérieuses pour assurer cette inscription

sans froisser les convenances ni les sentiments de confiance qui eussent été un obstacle à l'accomplissement de cette formalité.

Cette innovation était destinée à donner plus de sécurité à la femme et en même temps aux tiers qui traitent avec le mari en leur révélant les créances qui doivent les primer.

La nouvelle loi ne devait pas, d'ailleurs, interdire à la femme de sacrifier sa dot et ses reprises à son dévouement pour son mari, à moins qu'il n'existât quelque autre cause d'inaliénabilité.

Le projet de la Commission et celui du gouvernement étaient d'accord pour disposer que le contrat de mariage devait déterminer la somme pour laquelle la femme aurait hypothèque, et spécifier les immeubles sur lesquels frapperait son inscription. Le projet du gouvernement allait même plus loin : Il déclarait que la femme qui se mariait sans contrat pouvait avoir une hypothèque à dater du mariage, et que l'inscription en pouvait être requise, soit par le mari, soit par la femme, soit par ses parents soit par les témoins. Mais la Commission n'admettait pas l'attribution d'une garantie de cette nature, alors que la femme n'avait encore aucun droit de créance. Pour les personnes chargées d'opérer l'inscription, le projet de la Commission était de l'imposer d'abord au notaire comme fait de charge. Il modifiait sous ce rapport la proposition du gouvernement qui voulait (art. 2156) que l'hypothèque légale de la femme fût

inscrite par le mari et, à son défaut seulement, mais sous peine de responsabilité, par le notaire qui aurait reçu l'acte contenant les conventions. La Commission n'avait pas compris comment le notaire pouvait être responsable du défaut d'inscription par le mari, n'ayant aucun moyen de le surveiller et de savoir s'il a pris inscription sur des immeubles qui peuvent être ignorés de lui et situés à de grandes distances.

Mais le notaire n'était pas la seule personne qui fut chargé de requérir inscription ; par l'art. 2147, les parents et alliés et, à leur défaut, les amis de la femme y étaient autorisés ; puis, les agents de la régie de l'enregistrement devaient le faire, lorsqu'ils dressaient des procès-verbaux de contravention contre les officiers publics, qui, chargés de ce soin, avaient négligé de s'en acquitter. Enfin, le Procureur de la République était également appelé à le faire, lorsque cette formalité n'avait pas été accomplie par le mari. Il ressortait de la discussion que le législateur entendait que les Parquets abandonnassent les habitudes prises à la suite de la circulaire de 1807, et qu'en raison de la suppression de la dispense d'inscription, les magistrats montrassent la plus grande vigilance, car leur intervention devenait absolument nécessaire

Une autre modification fut apportée au projet du gouvernement par la Commission : l'art. 2142 du projet disposait que l'hypothèque devait être inscrite avant la célébration du mariage, mais qu'elle ne prendrait

rang qu'à cette date. La Commission décida (art. 2143) que l'hypothèque prendrait rang à dater du contrat de mariage, sans en attendre la célébration, en se fondant sur ce qu'en fait, la dot était souvent remise entre les mains du futur époux lors de la signature du contrat. Sans doute, l'hypothèque ainsi inscrite ne devait être que conditionnelle et s'évanouir si la célébration du mariage n'avait pas lieu pour une raison quelconque ; mais, conformément à l'art. 1179 du Code civil l'accomplissement de la condition devait avoir un effet rétroactif et remonter, par le fait de la célébration, au jour où l'inscription avait été prise en vertu du contrat. Le rapporteur considérait la fixation de cette date comme une innovation en présence des termes du Code qui, à son avis, laissaient quelque doute sur le point de départ de l'hypothèque légale : l'art. 2135 fixant le jour du mariage et l'art. 2194 semblant la faire remonter au jour du contrat.

Pour les droits qui peuvent advenir à la femme, résultant d'actes et de faits se produisant au cours du mariage, le projet prescrivait, sous peine d'une amende de 100 francs à tout notaire recevant un acte portant vente d'un immeuble appartenant à la femme, obligation d'une femme conjointement avec son mari, acceptation d'une donation en délivrance d'un legs d'effets mobiliers au profit d'une femme mariée, ou procédant à la liquidation dans laquelle la femme aura des droits, et, généralement, passant un acte par suite duquel un mari

se trouvera appelé à recevoir des valeurs mobilières appartenant à la femme, d'avertir celle-ci et de l'interpeller sur le point de savoir si elle entendait ou non prendre inscription ; et, dans le cas où la réponse était affirmative, le notaire était chargé du soin de la requérir. Sur ce point, le projet du gouvernement dans son art. 2159 restait plus vague, se bornant à accorder au mari, à la femme, à ses parents et à ses amis la faculté de prendre inscription. Mais la question avait été agitée de savoir, si l'on ne devait pas imposer dans tous les cas à tout officier public recevant un contrat intéressant la fortune des gens mariés, l'obligation de faire inscrire l'hypothèque de la femme, même contre le gré de celle-ci. On n'admit pas une telle proposition dont l'application aurait eu pour résultat de causer de grands embarras dans la pratique et de nuire au crédit du mari. On considéra comme suffisant l'avertissement donné à la femme, tout en disposant que le refus manifesté par celle-ci d'exercer son droit à l'inscription, n'impliquait pas renonciation et qu'elle pouvait toujours la requérir ultérieurement, nonobstant cette déclaration, si elle le jugeait utile. Le Procureur de la République, informé de l'acte passé par la femme, était d'ailleurs autorisé à prendre inscription dans son intérêt, s'il appréciait qu'elle avait cédé à une sorte de contrainte et qu'il y avait péril pour sa fortune.

Pour les biens qui adviennent au mari, la Commission crut combler une lacune du projet du gouverne-

ment qui était muet sur ce point, en décidant que, du moment où l'hypothèque était soumise à l'inscription, il ne fallait pas rendre cette garantie illusoire en laissant le mari à même de les grever, dès qu'il les recueille, de manière à rendre l'inscription postérieure des droits de la femme sans objet. Craignant cet abus, le projet de la Commission donnait à la femme ou à ceux qui pouvaient agir dans son intérêt un délai de deux mois pour prendre inscription. Requis dans cet intervalle de temps, elle prend rang avant tout autre droit réel constitué par le mari.

Une modification sensible était apportée à la procédure de la réduction, lorsque l'hypothèque légale avait été étendue à des biens d'une valeur supérieure à la garantie qui est nécessaire. Si la femme et le mari étaient d'accord pour l'opérer, on devait toujours procéder par voie de requête ; mais, le conseil de famille à consulter devait être composé d'après les règles de l'art. 407 du Code civil, c'est-à-dire qu'il devait comprendre six parents ou alliés au lieu de quatre. La Commission avait considéré comme injustifiée l'exception de l'art. 2144 du Code civil sur cette matière, avait pensé que c'était une anomalie de s'écarter ici de la règle générale, et qu'il était convenable de donner une nouvelle et plus ample garantie à la femme par l'augmentation du nombre des membres du conseil de famille. Cette innovation était fondée sur ce que le projet de la Commission avait admis que la réduction pouvait être demandée par le mari, sans le consentement de la femme. Dans le cas

où le refus de la femme aurait été injustifié, le mari avait le moyen de vaincre cette résistance, en procédant non plus par requête, mais par voie d'action, en adressant une simple citation et le tribunal devait se prononcer, après avoir pris l'avis du conseil de famille ainsi augmenté de deux membres.

Enfin le projet de 1850 facilitait l'inscription de l'hypothèque légale de la femme, en dispensant l'inscrivant de toute avance de frais et en ne le soumettant pas à la péremption ; l'inscription était dispensée de tout renouvellement pendant le mariage et l'année qui suivait sa dissolution.

Les mesures transitoires n'avaient pas été omises et étaient soigneusement réglées.

Ce projet n'ayant pas vu le jour, la nécessité de donner une publicité plus grande aux opérations qui intéressent la propriété immobilière et aux charges dont elle peut être grevée, fit aboutir, néanmoins, quelque temps après, en 1855, la loi sur la transcription, dont nous avons examiné les dispositions qui se rapportent à l'hypothèque légale de la femme mariée.

Cette loi, comme les décrets de 1852 et la loi de 1853 sur les sociétés de crédit foncier et comme la loi de 1858 modifiant le Code de procédure civile, porte l'empreinte des idées qui avaient dominé la tentative de 1850, mais ces différentes lois n'en ont consacré qu'une application très relative, le principe de la publicité et de la spé-

cialité n'ayant pas été proclamé d'une manière absolue.

Les modestes améliorations qu'elles ont introduites ont peut-être retardé l'avènement d'une réforme plus radicale. Mais depuis ces dernières années un vif courant d'opinion s'est reformé pour réclamer la refonte du régime hypothécaire, dans le sens où le projet de 1850 avait essayé de la réaliser. L'examen des législations européennes qui toutes, quelques-unes depuis des époques récentes, reposent sur les principes dont on demande l'application n'a pas été étranger à ce mouvement de l'opinion publique.

Depuis quelque temps, outre les juriconsultes dont l'unanimité est presque complète à ce sujet, de nombreuses Sociétés ou Congrès ont émis des vœux pour réclamer la réforme de la législation hypothécaire. Beaucoup de projets ont été élaborés, plusieurs propositions ont été présentées aux assemblées législatives.

§ 2. — Proposition de M. de la Grasserie au Congrès International de la Propriété foncière.

L'on peut citer entre autres, parmi les premiers, le projet présenté par M. Raoul de la Grasserie au Congrès International de la Propriété foncière réuni à Paris en octobre 1892, dont quelques dispositions sur la matière de l'hypothèque légale de la femme sont particulièrement intéressantes. L'auteur subordonne d'abord l'efficacité de cette hypothèque à l'inscription et

ne la considère pas comme unique, mais comme se composant d'autant d'hypothèques distinctes qu'il y a eu d'encaissements par le mari y donnant lieu.

Toutes les fois que le mari et la femme vendront un bien propre à celle-ci, lors du transfert de l'acte, le Conservateur du livre foncier devra prendre inscription d'office pour le montant du prix sur tous les immeubles du mari sis dans l'arrondissement et envoyer avis au Conservateur du bureau de publicité personnelle dont il va être parlé ci-après. Cette inscription d'office pourra être radiée, lorsqu'il sera justifié emploi avec déclaration d'origine de deniers. Le Conservateur devra aussi prendre inscription d'office, lors du transfert fait en vertu du partage ou de successions échues à la femme pour toutes les sommes ou valeurs lui revenant. Lors de l'inscription du contrat de mariage, il devra également prendre inscription d'office pour la sûreté de la dot ne consistant pas en immeubles. Ces inscriptions seront prises au bureau de publicité personnelle et mentionnées à ceux de publicité réelle.

Toute particulière et très discutable la disposition de l'art. 32 :

« La femme ne pourra ni renoncer à son hypothèque légale contre son mari tant que dure le mariage ni subroger dans l'effet de cette hypothèque un créancier de son mari. »

Mais, la partie la plus intéressante de ce projet réside

dans un très ingénieux système de registres, d'une tenue qui paraît facile, et qui sont destinés à révéler avec rapidité et certitude l'état des personnes, leur capacité, les biens immobiliers qu'elles possèdent avec les charges qui les grèvent.

Ces registres, distincts des registres d'inscriptions, seraient au nombre de trois, registre de publicité réelle, registre de publicité personnelle et registre de publicité mixte qui seraient reliés et tenus au courant entre eux par des renvois réciproques.

C'est dans le registre de publicité personnelle que serait inscrite, l'hypothèque légale de la femme. Tenu au lieu de naissance, il y est consacré une feuille pour chaque Français, sur laquelle on inscrit toutes les modifications qui se produisent dans sa capacité et dans son patrimoine. Cette feuille comprend quatre colonnes : 1° celle de l'état civil et dudomicile ; 2° celle de la capacité ; 3° celle de l'ensemble du patrimoine ; 4° celle de l'hypothèque légale résultant de l'incapacité ; par conséquent, y figurera l'hypothèque de la femme mariée sur le renvoi qui sera fait par le notaire rédacteur de l'acte donnant lieu à l'hypothèque ; en marge seront portées les radiations de ces inscriptions. Renvoi doit être fait du tout au bureau de publicité réelle des arrondissements où le mari possède actuellement des biens et ultérieurement à tous ceux où il viendra à en acquérir de nouveaux, acquisitions qui seront connues par le renvoi fait

par le bureau de publicité réelle au bureau de publicité personnelle de l'acquéreur lors de la mutation.

Telle est l'organisation du régime de l'hypothèque légale. Pour avoir une idée de l'économie générale du système, il faudrait entrer dans le détail des autres livres de publicité réelle et mixte, et il faudrait exposer des discussions que l'on ne peut aborder, en raison de l'importance des questions soulevées. C'est la mise en pratique du Livre Foncier préconisé par un grand nombre de jurisconsultes et d'économistes, et dont la réalisation donnerait certainement une grande impulsion au crédit immobilier ainsi qu'une grande facilité aux transmissions de biens et une grande clarté aux charges réelles. Mais il ne paraît guère possible d'établir cette institution sans procéder, au préalable, à la réfection du cadastre, opération d'une durée illimitée et qu'on a calculé devoir coûter plus de 500 millions.

Au point de vue de l'hypothèque légale de la femme, on voit, qu'en résumé, M. de la Grasserie la soumet à la publicité et à la spécialité et charge les notaires d'informer les conservateurs qui doivent effectuer l'inscription.

**§ 3. — Proposition de MM. Dupuy-Dutemps, Brisson
et Georges Leygues.**

Le 1^{er} février 1894, MM. Dupuy-Dutemps, Brisson et Georges Leygues ont déposé à la Chambre des Députés une proposition de loi portant modification du ré-

gime de publicité en matière de transmissions immobilières, de privilèges et d'hypothèques dont beaucoup de dispositions étaient empruntées aux divers travaux de M. Challamel sur cette matière, notamment à son projet soumis en 1892 au Congrès international de la Propriété Foncière. Les auteurs de cette proposition n'ont pas manqué d'y faire figurer la réforme de l'hypothèque légale de la femme. Dans l'impossibilité actuelle de réaliser, à brève échéance, une refonte de notre régime foncier, ils ont eu en vue, au moins d'améliorer la législation présente, en supprimant les charges occultes qui grèvent les propriétés par l'effet seul de la loi. Ils ont pensé que, « sans porter préjudice aux intérêts de la femme, il était possible d'assujettir son hypothèque à l'inscription et qu'il était nécessaire de la dénoncer aux tiers pour faciliter le crédit immobilier, qui souffre vivement de ce que tous les biens des Français mariés sont grevés de charges indéterminées, dont l'appréciation exacte ne peut se faire qu'au moment de la dissolution du mariage. Non seulement, est-il dit, dans l'exposé des motifs, il est indispensable qu'il existe un moyen certain de s'assurer du mariage (1), mais encore, il faut faire apparaître, outre l'hypothèque qui résultera des stipulations du contrat de mariage, celle qui accompagne toutes les créances que la femme peut acquérir contre son mari pendant le cours du mariage,

(1) Nous verrons qu'une loi récente a comblé cette lacune.

car l'étude, même approfondie du contrat de mariage, serait insuffisante pour éclairer les tiers, puisqu'une hypothèque, nouvelle quant à la date, mais tout aussi générale quant à ses effets, peut surgir à chaque instant de la vie conjugale ».

Et, d'après ce projet, l'hypothèque légale ne doit pas seulement être inscrite, elle doit être spécialisée quant à la créance garantie et quant à son assiette.

L'art. 3 dispose, sans admettre d'exception, qu'aucune inscription ne pourra être prise que pour une somme liquide et sur des immeubles individuellement déterminés et désignés d'après les énonciations de la matrice cadastrale.

Quant aux personnes auxquelles incombe l'obligation de prendre inscription, l'art. 33 dispose que c'est le notaire, qui aura reçu le contrat, qui devra le faire dès le lendemain. Mais, l'ensemble de cet article peut être critiqué. D'abord il ne prononce pas de sanction, *le notaire sera tenu* est une formule qui manque de précision... puis, il ordonne de requérir hypothèque sur tous les immeubles possédés par le futur mari ; quelle que soit leur situation. Pourquoi tous les immeubles ? Les parties ne pourraient-elles donc convenir qu'il ne sera pris inscription que sur quelques-uns dont la valeur paraîtrait suffisante ? Il est vrai qu'il leur est fourni un moyen d'arriver à ce résultat, en n'indiquant pas dans le contrat tous les immeubles du mari, car l'article ajoute : « *A cet effet, il interrogera les parties*

présentes sur la situation et l'étendue des biens immeubles ; tous ceux qui n'auront pas été signalés seront soustraits à l'hypothèque. » Cette rédaction nous paraît défectueuse et nous préférons celle du projet de la Chancellerie qui, conçue en termes différents, exprime d'une manière plus précise que les parties déterminent les immeubles sur lesquels portera l'hypothèque. D'autant plus que la tournure employée semble attribuer à l'hypothèque légale de la femme un caractère de généralité que l'esprit de la proposition ne lui reconnaît pas.

Pour les causes d'hypothèque qui surviennent au cours du mariage, ceux qui sont chargés de délivrer à la femme les biens mobiliers qui lui adviennent ou ceux qui effectuent des paiements entre ses mains, ne seront libérés valablement vis-à-vis de la femme qu'à la condition de requérir inscription sur les biens du mari à concurrence de leur valeur. A cet effet, lors des quittances à intervenir ; ils demanderont au mari et à la femme de les renseigner sur la situation et l'importance des immeubles ; faute par le mari et la femme de fournir les indications nécessaires, la responsabilité des tiers sera dégagée. Enfin, la femme et ses parents jusqu'au troisième degré pourront, pendant la durée du mariage, requérir inscription des hypothèques ayant pour cause la réception par le mari de sommes ou de valeurs appartenant à la femme, mais à la condition d'indiquer les immeubles sur lesquels l'hypothèque légale doit

porter et spécifier la somme par laquelle elle sera prise.

La faculté est réservée au mari de se pourvoir devant le tribunal, pour faire déclarer nulles ou excessives les hypothèques inscrites sur ses biens et les faire restreindre aux sommes que la femme doit avoir à réclamer et aux immeubles suffisants pour en garantir la restitution.

A signaler la disposition de l'art. 3, entièrement nouvelle, absolument juste, mais d'une application pratique difficile : « *les inscriptions ne sont susceptibles d'aucune péremption, elles conservent leurs effets légaux jusqu'à la radiation.* »

Dans ces grandes lignes, la proposition déposée par M. Brisson, Dupuy-Dutemps et Georges Leygues rappelle le projet de 1850 et ressemble au projet de la Chancellerie de 1896. Mais il renferme, notamment sur la matière de l'hypothèque légale de la femme, des dispositions, qui paraissent manquer de précision juridique : outre la rédaction de l'art. 33 que nous avons critiqué plus haut, il semble que l'art. 34, en obligeant *ceux qui sont chargés* de délivrer les biens mobiliers qui peuvent advenir à la femme au cours du mariage à requérir l'inscription de l'hypothèque, sous peine de n'être pas libérés valablement vis-à-vis d'elle, n'indique pas avec assez de netteté quelles personnes sont visées.

D'un autre côté, cette ingérence des tiers est-elle

bien fondée ? On voit bien la sanction qui rappelle la clause du remploi obligatoire pour les tiers, mais on peut trouver qu'il sera difficile d'avoir des moyens pour les uns d'établir leur responsabilité et, réciproquement, pour les autres, de prouver qu'ils sont dégagés. L'al. 2 de l'art. 34 en s'exprimant ainsi, « *lors des quittances à intervenir, ils demanderont au mari et à la femme de les renseigner sur la situation et l'importance des immeubles, faute par le mari et la femme d'avoir fourni les indications nécessaires, la responsabilité des tiers sera déagée* », prescrit l'usage d'interrogations et de déclarations, qui ne pourront présenter une valeur probante que lorsqu'elles seront consignées dans des actes authentiques. Dans la pratique, quels seront exactement les cas dans lesquels les tiers encourront une responsabilité ?

Cette proposition de loi ne présente, d'ailleurs, actuellement, qu'un intérêt documentaire. Renvoyée à la Commission de procédure et des juges de paix, elle n'est pas venue en discussion et la législature, pendant laquelle elle a été déposée, s'achèvera avant sa mise à l'ordre du jour.

Il nous a paru, néanmoins, intéressant d'en rapporter les principales dispositions pour la tendance qu'elle accuse vers les réformes projetées et pour les solutions qu'elle contient relativement à notre matière.

§ 4. — Vœux du Congrès de la propriété
immobilière de 1896.

Le Congrès de la propriété immobilière qui s'est réuni à Rouen en 1896, a, dans sa séance du 13 octobre, émis le vœu suivant sur les conclusions de la Commission de la première section :

« Il y a lieu de procéder le plus tôt possible à la réforme de la législation hypothécaire sur les bases suivantes :

1° Application la plus étendue du principe de la publicité en matière de transmission immobilière ;

2° Application la plus étendue du double principe de la publicité et de la spécialité en matière hypothécaire ;

En conséquence,

Suppression des hypothèques occultes, spécialité et publicité des hypothèques légales à la condition que leur inscription soit assurée par un fonctionnaire ou un officier ministériel responsable ».

Mais depuis quelques années le gouvernement s'était préoccupé de cette importante réforme.

§ 5. — Commission du cadastre instituée en 1891.

Un décret du Ministre des Finances en date du 30 mai 1891 avait institué une Commission extra-parlementaire pour étudier le renouvellement du cadastre.

Dans son rapport au Président de la République, le

29 mai 1891, le Ministre qui était alors M. Rouvier, disait :

« Mais c'est surtout lorsqu'on envisage le cadastre comme base de la propriété foncière au point de vue de la sécurité des hypothèques et des transactions immobilières que les décisions à prendre devront être mûrement étudiées quant à leur conséquence et à leur portée économique.

« Sans doute, les travaux entrepris par le ministère de la justice et qui touchent à leur conclusion tendent à faire de la publicité et de la spécialité de la loi désormais absolue de notre régime hypothécaire, mais on est en droit de se demander si l'opinion publique ne réclame pas une réforme plus complète du mode de transmission de la propriété immobilière et de constitution des hypothèques et droits réels ».

Dans le programme des travaux soumis à cette commission, on relève les points suivants :

Détermination juridique de la propriété immobilière.

Le cadastre doit-il servir de base au système de publicité, l'inscription étant prise sur l'immeuble selon la désignation du plan et de matrice cadastrale ?

Application du système de la publicité aux hypothèques légales, aux privilèges et généralement à tous les droits et charges grevant la propriété. Prénотations.

Et dans le discours d'ouverture de la séance plénière (10 juin 1891) M. Rouvier dit : « L'œuvre poursuivie consistera à remédier aux imperfections que présente

le régime de la propriété immobilière en France. La publicité, telle qu'elle résulte de la législation actuelle, est impuissante à conférer par elle-même la sécurité indispensable à la propriété foncière et un développement du crédit hypothécaire.

« Le cadastre semble l'auxiliaire naturel de toute entreprise tendant à la réforme de la publicité et de la spécialité. On peut même dire qu'il en est la base. »

La Sous-Commission juridique, dès les premières séances, aborda la question de la réforme hypothécaire et, dès les premiers échanges de vues, il semble que l'unanimité des membres fussent partisans de la soumission de toutes les hypothèques légales à la publicité et à la spécialité.

Les travaux de cette Sous-Commission, composée des juristes les plus éminents et des esprits les plus éclairés, parmi lesquels MM. Bufnoir, Massigli, Challengel, Léon Say, Poincaré, Bard, Léon Michel, Boulanger, Dauphin, Loubet, Edouard Millaud, Boutin, etc..., ont été mis à profit par la Chancellerie pour la rédaction de son projet de loi.

Aussi est-il permis d'espérer qu'une réforme préparée sous de tels auspices va enfin aboutir, réaliser des améliorations attendues depuis longtemps et mettre notre régime hypothécaire par une simplification et une clarté nouvelles à l'unisson de ceux que les autres nations ont récemment adoptés.

CHAPITRE II

EXPOSÉ DES LÉGISLATIONS ÉTRANGÈRES.

Le vaste mouvement d'opinion qui, depuis quelques années, s'est affirmé en faveur d'une réforme de notre régime hypothécaire, s'appuie sur les exemples fournis par les législations étrangères et, en particulier, par celles qui ont été récemment modifiées dans le sens de la publicité et de la spécialité appliquées aux hypothèques légales.

Plusieurs nations européennes, dont l'état de civilisation est le même que celui de la France, qui sont sous l'empire des mêmes principes, au point de vue du droit privé, possèdent des législations hypothécaires qui ignorent l'hypothèque légale de la femme. Cette garantie n'existe ni en Autriche, ni en Angleterre ni, d'une manière générale, en Allemagne. Les régimes matrimoniaux de ces pays ont, cependant, beaucoup d'analogie avec ceux que notre Code civil a organisés, et les mêmes principes y règlent la condition privée de la femme.

Jetant un coup d'œil d'ensemble sur les législations européennes en cette matière, l'on remarque, tout d'abord, que cette institution de l'hypothèque légale de la

femme est surtout propre aux pays de race latine. On la rencontre dans les codes des Italiens, des Espagnols et des Portugais qui forment avec les Français et les Roumains les peuples latins proprement dits. Elle s'est étendue en Europe dans plusieurs principautés allemandes, dans plusieurs cantons de la Suisse, en Belgique, en Hollande et en Grèce, et au delà des mers au Mexique, au Pérou, en Bolivie, à Haïti, dans la Louisiane et au Japon.

Le droit romain, qui l'avait créée, l'a fait passer dans toutes les législations qu'il a inspirées : en Allemagne, l'hypothèque légale de la femme n'aurait jamais été connue sans la propagation du droit romain, la pensée de cette hypothèque légale est étrangère au droit germanique pur. La loi anglaise en est un exemple : elle s'occupe des intérêts des femmes et des pupilles, mais elle ne leur donne pas une garantie de cette nature. La seule protection qu'elle accorde consiste en ce que la « Cour of Equity » peut, à la requête de la femme ou d'un de ses parents, ordonner le dépôt des biens mobiliers dotaux et limiter le pouvoir du mari (1).

Si, cependant, l'hypothèque légale de la femme existe chez un grand nombre de peuples, elle ne présente pas partout les mêmes caractères, que le Code Napoléon lui a assignés. L'objet de cette partie de notre étude est de relever les rapports de concordance et de signa-

(1) Exposition nouvelle des idées du droit Anglais. *Revue de législation*, Volowski, année 1853, t. 1, p. 266.

ler les points de différence que présentent les législations sur cette matière, afin de rechercher, dans cette comparaison, des éléments de vérité et des enseignements pour apprécier les avantages et les inconvénients de la réforme proposée.

I. — Législations dérivées du droit romain.

Passant d'abord en revue les législations dérivées du droit romain, nous ne retrouvons dans aucune l'hypothèque légale de la femme, telle que le Code civil reprenant, sur ce point, la tradition du droit écrit, l'a organisée ; et cela même dans les pays où le Code Napoléon a été en vigueur, pendant la période qui a suivi sa promulgation. En Belgique, en Italie, et dans la Suisse Romande, des lois postérieures ont conservé l'hypothèque légale de la femme, mais lui ont enlevé son caractère de clandestinité. Cette innovation, par rapport à son origine ou les modifications apportées à un état de choses déjà existant, sont dignes de remarque et constituent, par analogie, un des arguments les plus puissants invoqué par les partisans d'une réforme semblable.

Si tant de législateurs modernes ont adopté une disposition nouvelle, c'est que la nécessité s'est imposée de rompre avec les errements d'une législation qui n'était pas en harmonie avec les besoins d'un état social diffé-

rent, argumentent ceux qui réclament la transformation de notre régime hypothécaire.

Belgique. — En Belgique, la loi du 16 décembre 1851 a introduit dans le domaine de la pratique les principes de publicité et de spécialité sur lesquels repose le projet de loi d'octobre 1896.

L'art. 64 du titre des hypothèques réglant les « *Sûretés des femmes mariées* » dispose que la femme a une hypothèque spéciale sur les biens qui sont affectés, sur le contrat de mariage, pour sûreté de sa dot et de ses conventions matrimoniales, et qu'elle peut également stipuler dans son contrat de mariage une hypothèque spéciale pour garantie des reprises de toute nature même conditionnelles ou éventuelles, qu'elle pourra avoir à exercer contre son mari. Ces hypothèques doivent être inscrites par le mari avant la célébration du mariage, et ont leur effet à dater de l'inscription, mais la femme peut également requérir cette inscription.

C'est dans le contrat de mariage que sont désignés les immeubles grevés de l'hypothèque, et la somme à concurrence de laquelle l'inscription pourra être prise.

A défaut de stipulation d'hypothèque, ou en cas d'insuffisance des garanties déterminées par le contrat, la femme peut, pendant le mariage, en vertu de l'autorisation du Président du tribunal de son domicile, et, à concurrence de la somme qui sera fixée par lui, requérir des inscriptions hypothécaires, sur les immeubles

de son mari, pour sûreté des droits énumérés au § 1^{er} de l'art. 64 ci-dessus rapporté.

La femme peut toujours, nonobstant convention contraire, mais en vertu de l'autorisation du Président du tribunal de son domicile, requérir pendant le mariage des inscriptions sur les immeubles de son époux, pour toutes causes de recours qu'elle peut avoir contre lui, telles que celles qui résultent d'obligations par elle souscrites, d'aliénations de ses propres, de donations ou de successions auxquelles elle aurait été appelée.

Les inscriptions prises en dehors de celles convenues au contrat, comme celles prises en vertu de celui-ci, doivent désigner spécialement chaque immeuble, et exprimer les sommes pour lesquelles ces inscriptions sont requises.

Dans les mêmes cas, en se conformant aux règles qui sont prescrites, les parents et alliés des époux jusqu'au troisième degré peuvent requérir les inscriptions au nom de la femme. De même le juge de paix du canton du domicile marital et le Procureur du roi près le tribunal de première instance peuvent d'office requérir ces inscriptions au nom de la femme.

Naturellement l'hypothèque de la femme n'a de rang que du jour de l'inscription et cette règle de l'art. 81 qui est également écrite dans l'art. 18 du projet ne souffre aucune exception.

La loi de 1851 ayant ainsi organisé la protection de la femme mariée, a cherché à empêcher la bénéficiaire

de s'en dépouiller. L'art. 17 contient cette prohibition, exprimée en termes ambigus, qui permettent de douter qu'elle soit observée. « *La femme ne pourra renoncer directement, au profit de son mari, aux inscriptions prises en vertu des dispositions précédentes* ».

En définitive, la femme ne renonce jamais à son hypothèque légale qu'en faveur de son mari ; si elle en investit un tiers, ou si elle cède un tour de faveur à un créancier, c'est bien en réalité dans l'intérêt de son conjoint. Donc la prohibition de l'art. 71 en réservant la facilité de faire indirectement cette renonciation, peut être jugée inefficace, elle nous semble correspondre seulement à la disposition du projet de loi qui interdit de « *convenir qu'il ne sera jamais pris inscription* ».

Toutefois, nous avons vu que si la proclamation de cette défense peut paraître utile à un certain point de vue, elle est singulièrement atténuée par la facilité laissée dans le même paragraphe, de convenir qu'il peut être sursis à l'inscription sans édicter un délai à l'expiration duquel cette convention ne sera plus obligatoire.

Il y a lieu d'approuver la disposition du § 2 de l'art. 90 qui dit : « *Les inscriptions prises au profit des mineurs, des interdits, des aliénés et des femmes mariées, conformément aux dispositions contenues aux § 1 et 2 de la section première du chapitre III, seront dispensés de tout renouvellement, jusqu'à l'expiration de l'année qui suivra la cessation de la tutelle ou la dissolution du mariage* », en exprimant le regret que le projet du gouvernement

ne se soit pas préoccupé de la péremption des hypothèques légales.

Le législateur belge a également pris soin d'organiser des dispositions transitoires.

Italie. — Le Code Italien, promulgué le 26 juin 1865, pour être mis en vigueur à partir du 1^{er} janvier 1866, dispose dans l'art. 1965, comme notre Code, mais sans y admettre les exceptions, qui, chez nous, dénaturent entièrement le principe proclamé, que l'hypothèque n'a d'effet que si elle a été rendue publique.

L'art. 2007 disait que l'hypothèque légale de la femme rétroagissait au jour du mariage, quand elle avait été inscrite dans le délai de vingt jours de l'art. 1892, mais la Commission de coordination, saisie de la question par le garde des sceaux, afin de maintenir dans toute sa rigueur la règle de la publicité, supprima ce paragraphe, de sorte qu'elle ne produit d'effet et ne prend rang que du jour de son inscription.

Le même art. 1965 formule en même temps les deux autres principes fondamentaux du régime hypothécaire italien : spécialité quant aux immeubles sur lesquels porte l'hypothèque, et quant aux créances qu'elle garantit. Et le principe de la spécialité, tout au moins quant aux biens qui en sont grevés, ne comporte pas d'exception pour les hypothèques légales. En effet, l'art. 1965 après avoir énuméré les cinq classes de per-

sonnes (1), qui en sont pourvues, dit à l'occasion de la femme : « *Cette hypothèque, si elle n'a pas été restreinte à des biens déterminés par le contrat de mariage, s'étend à tous ceux que le mari possède au moment où la dot est constituée, encore que le paiement de la dot n'ait eu lieu que postérieurement* » ; et l'art. 1982 ajoute (§ 2) : « *lorsque l'hypothèque n'a pas été restreinte à certains biens, le notaire doit faire déclarer par le mari la situation des biens, par lui possédés* ». De sorte que l'assiette de l'hypothèque légale est bien spécialisée : — ou les biens hypothéqués sont déterminés conventionnellement, — ou ce sont tous les biens susceptibles d'hypothèques que le mari possède qui sont grevés.

Pour ceux acquis postérieurement, ils sont libres de cette charge, à moins qu'une inscription ne soit spécialement prise sur eux, ce qui peut arriver pour la garantie de sommes dotales provenant de successions ou donations, une inscription d'hypothèque pouvant être requise du jour de l'ouverture de la succession ou de celui où la donation a produit son effet sur les biens possédés par le mari au dit jour (art. 1969, § 4, *in fine*).

Au point de vue de la spécialité quant à la créance, le Code Italien ne semble pas l'édicter d'une façon particulière pour l'hypothèque légale de la femme mariée ; cependant, lorsque le contrat de mariage détermine les immeubles sur lesquels doit porter l'hypothèque, il con-

(1) Ce sont les mineurs, les femmes mariées, l'Etat, le vendeur et le co-partageant.

tient vraisemblablement une évaluation des droits à garantir. En tous cas, il peut arriver que les femmes, ou les personnes qui prennent inscription fassent cette évaluation, car l'art. 2026 dispose que les hypothèques légales du mineur, de la femme et de l'État doivent être réduites, sur la demande des intéressés, si les biens compris dans l'inscription ont une valeur supérieure à la garantie à fournir, ou si la somme déterminée par le créancier, dans l'inscription, excède d'un cinquième celle que le juge a déclaré être due.

L'art. 2004 contient une disposition analogue à celle du Code Belge, au sujet de la péremption de l'inscription, — point de vue omis dans le projet — qui conserve son effet, sans renouvellement, durant le mariage et pendant une année après la dissolution du mariage.

L'inscription de l'hypothèque légale appartenant à la femme peut, en tous cas, être requise par celui qui a constitué la dot et même par la femme sans qu'elle ait besoin d'autorisation.

L'art. 1982 dit : « *L'hypothèque légale appartenant à la femme doit, à la diligence du mari et du notaire qui a reçu l'acte de constitution de la dot, être inscrite dans le délai de 20 jours de la date dudit acte.* »

ART. 1984. — « *Si les personnes obligées de prendre l'inscription des hypothèques légales ne remplissent pas cette obligation, dans le délai fixé, elles sont tenues de réparer le dommage résultant de leur omission, et elles en-*

courent une amende (multa) qui pourrait s'élever jusqu'à mille livres. »

Le Procureur du Roi doit veiller à l'exécution des dispositions sus-mentionnées en provoquant, lorsqu'il y aura lieu, l'application des peines établies ; et, il peut même, au besoin, requérir d'office l'inscription de ces hypothèques.

Le législateur italien a donc édicté des sanctions rigoureuses pour assurer l'exécution de son œuvre, et il est permis de croire que si la disposition qui les édicte ne reste pas purement platonique (1), les droits de la femme y sont sauvegardés d'une façon beaucoup plus efficace que dans notre pays.

En dehors de quelques particularités, ce sont, on le voit, les mêmes principes qui dominent la loi italienne et qui ont inspiré le projet de la Chancellerie française : « le code italien exige que toute hypothèque légale soit limitée et spéciale quant aux immeubles qu'elle frappe et aux créances qu'elle garantit ; il veut que toute hypothèque légale soit inscrite et ne tolère plus aucune exception à la grande règle (2) ».

(1) L'établissement de ces moyens coercitifs n'était pas nouveau en Italie : déjà, dans les États romains, avant 1868, les notaires et ceux qui avaient constitué la dot, lorsqu'ils n'ont pas fait inscrire l'hypothèque légale, ce à quoi ils étaient obligés solidairement, pouvaient être condamnés, les premiers à des dommages-intérêts, les seconds à payer à la femme une double dot (Anthoine de Saint-Joseph, *Concordance des législations hypothécaires françaises et étrangères*).

(2) Gide, *Revue historique du droit*, XII, p. 392 et suivantes.

Avant la loi de 1865 qui a unifié la législation civile en Italie, le royaume des Deux-Siciles était régi par le Code civil de 1824, qui contenait déjà les dispositions suivantes, remarquables au point de vue qui nous occupe :

D'après l'art. 2027 les notaires rédacteurs d'un contrat de mariage constitutif d'une dot devaient prendre inscription pour la femme dans les vingt jours, sinon ils pouvaient être destitués et tenus à des réparations civiles.

C'était déjà là une mesure prescrite pour diminuer, autant que possible, les inconvénients des hypothèques occultes, car dans ce Code l'hypothèque légale n'était pas soumise à la nécessité de l'inscription, sauf un an après la dissolution du mariage (art. 2032).

Les autres Etats Italiens, dont le Code Napoléon constituait la législation civile, avaient précédemment, rapporte M. Anthoine de Saint-Joseph, abandonné la clandestinité des hypothèques légales et exigé leur inscription. Cet auteur cite comme ayant successivement réalisé cette réforme, Parme, Plaisance, la Toscane et la Sardaigne.

Comme on le voit, c'est en Italie que le système des hypothèques tacites avait pris naissance, c'est là, semble-t-il, qu'il devait être le plus enraciné et, néanmoins, c'est ce pays, qui, un des premiers, en proclama l'extinction.

Suisse Romande. — Outre la Belgique et l'Italie, le Code Napoléon étendit son empire sur certaines contrées de ce qu'on est convenu d'appeler la Suisse Romande, cette partie de la Suisse qui, d'après ses origines et ses mœurs, appartient à la race latine et a subi l'influence du droit romain. Des sept cantons qui la composent, deux sont soumis au Code de 1804 : ce sont le Jura Bernois et Genève, mais des lois postérieures ont modifié le régime hypothécaire.

Dans le Jura Bernois, il n'y a plus d'hypothèques légales ni judiciaires ; les hypothèques sont privilégiées ou non privilégiées, les premières primant les secondes. Entre elles, les premières prennent rang dans l'ordre de leur inscription, mais, si elles sont dispensées d'inscription, elles ont rang dans l'ordre des dates de leur création. La législation postérieure n'a donc pas, dans ce canton, organisé la publicité non plus que la spécialité, tout créancier hypothécaire peut exercer son droit sur tous les immeubles appartenant à son débiteur, et sur ceux qui pourront lui appartenir dans la suite.

Dans le canton de Genève, la loi du 12 septembre 1868 soumet toutes les hypothèques légales à l'inscription. Cette inscription peut être requise sur l'immeuble aliéné jusqu'à l'expiration d'un délai de 15 jours partant de la date de la transcription. L'inscription de l'hypothèque légale est spéciale ; elle doit être prise contre une personne et sur des immeubles déterminés.

La production d'aucun titre n'est requise pour l'ins-

cription, s'il s'agit de droits éventuels ou indéterminés, la somme est fixée par l'inscrivant, sauf le droit de réduction des intéressés. L'hypothèque légale ne peut être cédée avant d'avoir été inscrite. Celle de la femme a pour objet tous les droits et créances qu'elle a contre son mari. Ont le droit de la requérir : le mari, la femme, ses parents ou alliés jusqu'au deuxième degré, le procureur général et la femme seule ou ses héritiers après la dissolution du mariage.

L'inscription, même radiée ou réduite, peut toujours être reprise ; à moins de dispositions contraires du contrat de mariage.

Comme on le voit, une loi assez récente a abandonné notre système hypothécaire pour consacrer le double principe de la spécialité et de la publicité.

Les autres cantons, ceux de Fribourg, de Neuchâtel, de Vaud, du Tessin et du Valais, possèdent une législation civile inspirée du Code Napoléon, mais influencée par la législation autrichienne et les lois fédérales. Tous accordent à la femme une hypothèque, dans la plupart, c'est la reproduction de notre régime hypothécaire, mais, dit M. Virgile Rossel (1), chez quelques-uns (entre autres le Tessin et le Vaud) (2) la formalité de l'inscription est exigée d'une manière effective pour les hypothèques légales.

Les autres cantons de la Suisse sont de législation

(1) *Manuel de droit civil de la Suisse Romande*, 1886.

(2) *Anthoine de Saint-Joseph*.

et de langue allemandes, à l'exception de trois : Zurich, Glaris, et les Grisons dont les lois constituent une œuvre originale et relativement récente, tout en ayant leurs racines dans le droit allemand. Nous exposerons plus loin les régimes hypothécaires de Zurich et des Grisons, qui sont intéressants à étudier, car ils sont une sorte de transaction entre les courants juridiques qui se partagent la Suisse.

Il existe, en effet, dans ce pays vingt-neuf lois hypothécaires différentes, suivant les cantons et les demi-cantons. Chacun de ces territoires possède une législation propre, sauf sur les matières qui sont régies par une loi fédérale. Pour celles-ci, le droit fédéral a le pas sur les législations cantonales. Il n'y a pas de loi fédérale sur la matière des hypothèques : en général, le principe de la spécialité des hypothèques est appliqué tant à la somme garantie, qu'à l'immeuble affecté à sa sûreté, le droit suisse connaît peu l'hypothèque générale ou illimitée : le Code de Soleure a même poussé si loin la notion de la spécialité qu'une même créance ne peut y être garantie par plusieurs immeubles. Si le débiteur ne possède pas un immeuble de valeur suffisante, la dette doit être morcelée en proportion de la valeur relative des divers immeubles qu'il offre de grever.

Si la plupart des pays qui ont été régis par notre Code civil, ont abandonné ses dispositions, en ce qui concerne la clandestinité et la généralité de l'hypothèque de la femmemariée, les législations des autres pays latins, qui

se sont formées seulement sous l'influence du droit romain et des coutumes locales, ont suivi cet exemple.

Espagne. — Le Code Espagnol, promulgué le 24 juillet 1889, n'a pas admis l'exception de notre art. 2135 au principe de la publicité et de la spécialité des hypothèques.

Les hypothèques légales qu'il établit consistent uniquement dans le droit d'exiger une garantie toujours proportionnée à l'importance des intérêts à protéger.

La femme majeure peut et doit exiger cette garantie que réclameront en son nom : si elle est mineure, ses père et mère, ses tuteur et subrogé tuteur, les membres de son conseil de famille, et même le ministère public. Mais là se borne l'unique protection que la loi accorde à la femme espagnole ; elle ne voit plus en elle qu'une créancière ordinaire ne méritant aucune faveur spéciale et qui subira, à juste titre, les conséquences de sa négligence et de son manque de précaution. Si elle a omis de faire constituer son hypothèque, elle viendra réclamer la restitution de sa dot concurremment avec les créanciers chirographaires.

La femme espagnole n'a pas non plus la ressource de la séparation de biens.

Le législateur a-t-il eu raison de restreindre, dans d'aussi larges mesures, les garanties assurant à la femme la restitution de sa dot ? On peut le penser, dit M. Levé, auteur d'une traduction du Code Espagnol,

car si elle ne recouvre pas sa dot, à la dissolution de la société d'acquêts, c'est qu'elle aura commis l'imprudence d'accorder à son mari une confiance exagérée. D'un autre côté, il est certain que le système de publicité, avec ses conséquences admises par le Code Espagnol, présente pour les autres créanciers une précieuse garantie. En somme, le principe qui domine la matière de l'hypothèque légale de la femme en Espagne est celui qui est posé dans l'art. 1875. Les personnes, en faveur desquelles la loi établit une hypothèque, n'ont d'autre droit que celui d'exiger un acte la leur accordant et celui de requérir son inscription, sauf les dispositions de la loi hypothécaire en faveur de l'État, des provinces et des communes.

Avant 1889, dans l'ancienne législation espagnole, l'hypothèque légale de la femme était celle qui, n'étant constituée ni par contrat, ni par testament, existait en vertu de la seule disposition de la loi. Elle était toujours tacite, et se trouvait toujours constituée de fait et de droit, au moment même de la passation de l'acte d'où elle découlait.

La nouvelle loi hypothécaire a supprimé les hypothèques tant tacites que générales ; l'hypothèque légale ne confère, aujourd'hui, aux personnes en faveur desquelles la loi l'établit que le droit de demander et d'obtenir une hypothèque spéciale sur des immeubles corporels ou incorporels, susceptibles d'hypothèques, et appartenant à la personne qui a des garanties à fournir.

Ce n'est pas tout à fait le principe que le projet du gouvernement essaye de mettre en pratique chez nous. Cependant, cette conception de la loi espagnole n'est pas nouvelle : dans l'ancien droit grec, l'hypothèque légale, dans les cas où les législations modernes l'admettent, paraît avoir été remplacée par une hypothèque consentie volontairement. Pour l'hypothèque dotale, le grammairien Harpocrate dit expressément que les Athéniens avaient l'habitude de demander à l'époux un gage de valeur égale à la dot. Il en était de même de l'hypothèque des mineurs : soit que le tuteur affermât les biens de son pupille, soit qu'il les administrât lui-même, le pupille n'avait qu'une hypothèque conventionnelle sur les biens du fermier ou de son tuteur. Cette hypothèque, d'ailleurs, pouvait être générale (Dareste, Haussoulier et Reinach, *Recueil des inscriptions juridiques grecques*, fasc. 1, p. 123 et 140).

Portugal. — Telle n'est pas la conception de l'hypothèque légale dans le Code Portugais (1) ; l'art. 903 en précise nettement les caractères dans les termes suivants :

« *L'hypothèque légale résulte immédiatement de la loi, elle ne dépend pas de la volonté des parties, et existe par le fait même de l'existence de l'obligation qu'elle garantit.* »

(1) Traduction Laneyrie et Joseph Debois.

La différence entre les deux conceptions est purement théorique, car, en fait, elle est soumise dans les deux cas à une inscription effective et indispensable et à une spécialisation nécessaire. Mais le Code Portugais, promulgué le 1^{er} juillet 1867, n'a organisé que la publicité, et il a laissé subsister la généralité de l'hypothèque légale de la femme mariée que la loi Espagnole de 1889 a supprimée dans son art. 162 qui porte que l'hypothèque ne grève que certains biens spécialement déterminés soit par les parties elles-mêmes, soit à défaut d'entente, par le juge sur l'avis d'experts.

Sans aller aussi loin, le législateur Portugais a cherché à diminuer les inconvénients résultant des hypothèques générales qui pèsent sur tout le patrimoine, en accordant aux débiteurs grevés, le droit de réclamer que l'inscription soit limitée aux biens nécessaires pour l'exécution de l'obligation, et la faculté de déclarer ceux qu'ils entendent désigner à cet effet.

L'art. 909 s'exprime ainsi : « *Les hypothèques légales peuvent être inscrites sur tous les biens du débiteur, à moins que le titre constitutif n'ait spécifié les immeubles grevés ; toutefois le débiteur peut exiger que l'inscription soit limitée aux biens nécessaires pour la garantie du paiement et il a la faculté de désigner tels biens qu'il veut à cet effet.* »

Et les articles qui se rapportent spécialement à l'hypothèque légale de la femme mariée, font des applications de ces principes en édictant (art. 925) que l'hypo-

thèque légale de la femme mariée est constituée par contrat de mariage, et que l'inscription de cette hypothèque, si elle n'est faite avant le mariage pourra l'être pendant sa durée ou même après sa dissolution, sans préjudice des droits des tiers antérieurement inscrits.

Les articles suivants, qui organisent l'hypothèque, laissent visiblement percer la préoccupation du législateur, de concilier la protection qu'il doit assurer à la femme, et les inconvénients résultant d'une hypothèque générale grevant la totalité des immeubles du mari.

« ART. 926. — *L'hypothèque dont il est parlé dans l'article qui précède, lorsqu'elle grève des biens expressément affectés à la garantie de la dot, ne pourra être inscrite que sur ces biens.*

§ 1. — *Si cette hypothèque devient insuffisante pour quelque cause que ce soit, la femme et ceux qui l'ont dotée pourront demander un supplément d'hypothèque.*

§ 2. — *Faute d'affectation expresse de certains biens ou si le supplément n'est pas fourni, l'hypothèque sera inscrite sur tous les biens du mari, sauf le droit de celui-ci d'en demander la réduction à de justes limites.*

ART. 927. — *Si l'hypothèque constituée par contrat de mariage, a été originairement inscrite sur la totalité des biens du mari, l'inscription peut être par la suite, à la requête de celui-ci, réduite à de justes limites, de manière à ne subsister que sur une portion de ses biens suffisante*

pour la garantie de la dette, et à libérer le reste de son patrimoine. »

Dans le même ordre d'idées, pour obvier aux inconvénients qu'entraîne l'hypothèque légale avec son caractère de généralité, le Code Portugais contient une disposition de droit très nouvelle que le projet de la Chancellerie a également adoptée. L'art. 908 dit que les hypothèques mentionnées sous les n^{os} 1, 2 et 3 de l'art. 906 (1) ne sont pas susceptibles de renonciation, mais on peut y substituer une autre sûreté ou en dispenser le débiteur dans les cas formellement indiqués par la loi. Parmi les autres sûretés qui peuvent remplacer l'hypothèque légale, en droit portugais, l'art. 1139 cite le *cautionnement*, innovation qui est consacrée par l'art. 21 du projet de la Chancellerie. Remarquons que le même article qui permet d'abandonner l'hypothèque légale et de stipuler une autre sûreté à son lieu et place, défend d'y renoncer. Cette interdiction est répétée dans l'art. 928, qui déclare nulle la renonciation faite par la femme en faveur de son mari ou d'un tiers, au droit de faire inscrire l'hypothèque ou aux droits résultant de son inscription.

Pour s'expliquer cette disposition, qui rend la femme

(1) L'art. 906 énumère les différentes classes de créanciers qui sont pourvus d'une hypothèque légale. L'art. 3 mentionne la femme mariée pour le paiement des valeurs mobilières dotales et des épingles (*alfinetes*). Par ce mot d'épingles, on désigne les sommes que le contrat de mariage permet à la femme dotale de prélever sur les revenus de sa dot pour ses dépenses personnelles.

incapable d'aliéner sa créance hypothécaire ou d'y subroger un tiers, il faut observer que le régime matrimonial le plus répandu en Portugal, celui qui est le plus généralement adopté dans les contrats de mariage, est le régime dotal (1).

Une curieuse conséquence de l'incessibilité de cette garantie, c'est de fermer à la femme le recours de la séparation de biens. L'art. 1221 dispose que lorsque la femme est mariée sous le régime dotal ou sous un autre régime de séparation de biens, elle ne pourra obtenir la séparation par justice que si les biens dotaux ou séparés sont susceptibles de détérioration, et si la restitution de la dot n'est pas suffisamment garantie par l'un des moyens établis par l'art. 1139.

Le Code Portugais, qui prescrit de constituer l'hypothèque légale ou toute autre sûreté dans le contrat de mariage et interdit de renoncer au droit de prendre inscription ou au bénéfice de l'inscription acquise, n'en laisse pas moins les époux libres de s'abstenir de toute convention à cet égard. Il ne confère pas à toute une classe de personnes le droit de requérir l'inscription, ni ne contient aucun moyen de coercition pour obliger les époux, maîtres de leurs droits, à constituer une hypothèque. Mais il a organisé avec un soin particulier la

(1) Cependant en Portugal, à défaut de contrat de mariage, le régime légal est comme en France celui de la communauté. En Espagne et au Chili, c'est le régime de la société légale d'acquêts analogue à notre communauté réduite aux acquêts.

protection des femmes mariées encore en état de minorité. Lorsque des mineurs se marient sous le régime dotal, l'acte de consentement au mariage ne pourra être dressé que si, outre les autres documents dont la production est exigée par la loi, il est joint à la requête un certificat d'inscription provisoire de la dot, dans le cas où elle consiste en biens immobiliers, et s'il y a lieu, un certificat d'inscription d'hypothèque pour la garantie des valeurs dotales mobilières. Le greffier, qui dresserait l'acte en contravention au présent article, sera révoqué et responsable de dommages-intérêts.

Et l'article 930 ajoute :

« En cas de mariage d'un mineur, la requête à fin de délivrance des biens, ne peut être accueillie que s'il est établi que l'inscription provisoire de la dot et de l'hypothèque a été convertie en inscription définitive. »

Le tuteur qui, sans ordonnance du juge, fera la délivrance des biens ou des revenus, en sera responsable, comme s'il n'en avait pas fait la délivrance. »

Pour entendre le sens de cette disposition, il faut observer que le Code civil Portugais, à l'imitation de plusieurs législations européennes, a admis le système des prénotations, ou annotations préventives, pour employer l'expression dont se sert la loi hypothécaire espagnole (art. 42 et suivants), qui constituent une simple mesure conservatoire destinée à sauvegarder certains droits réels existants, mais non encore susceptibles d'inscription définitive, soit parce qu'ils ne sont que

provisoires soit parce que la véritable importance n'a pu encore en être déterminée. L'art. 967 admet à la prénotation les hypothèques légales.

L'art. 968 dispose même que l'inscription provisoire est obligatoire pour les dots, pour les hypothèques qui garantissent les dots ou épingles, dans le cas de l'art. 929 et pour les actions en justice. Elle a lieu sur la présentation d'une expédition régulière ou d'un extrait du contrat de mariage. Elle conserve le rang qu'elle avait comme inscription provisoire.

La Chancellerie, qui n'a pas cru devoir introduire le système des prénotations dans son projet, a omis également d'organiser des dispositions transitoires. Le législateur Portugais l'a fait avec simplicité et netteté, dans des termes qui pourraient servir de modèle.

« ART. 1000. — *Les hypothèques qui, d'après les lois antérieures, n'étaient pas soumises à l'inscription ou n'y étaient pas soumises relativement à des biens certains et déterminés et qui subsisteront lors de la promulgation de ce Code, pourront être inscrites conformément aux articles ci après.*

« ART. 1001. — *Les hypothèques, si elles sont spéciales, ne pourront être inscrites que sur les biens qui en sont spécialement grevés, si elles sont générales, elles pourront être inscrites sur tous les biens du débiteur, sauf le droit de celui-ci de demander la réduction.*

« ART. 1003. — *L'hypothèque destinée à garantir la restitution de la dot, ou des autres biens propres de la fem-*

me mariée, ou le paiement des gains de survie (arrhas) ou du douaire (apanage) pourra être inscrite à la requête de la femme même non autorisée par son mari, ou d'un parent de la femme, ou de quiconque aura constitué la dot, sauf ce qui est dit dans l'art. 984 (1). »

A l'imitation de la législation civile de la péninsule ibérique, qui a été modifiée dans ces dernières années et appropriée aux besoins du moderne état social, celle de quelques-unes des anciennes colonies de l'Espagne et du Portugal dans le nouveau monde a été refondue récemment, et de même que le droit romain qui était la base de la législation des peuples latins, inspirait les lois anciennes, de même les principes nouveaux de spécialité et de publicité dans le régime hypothécaire ont été introduits dans les lois contemporaines.

Mexique. — Au Mexique, un Code civil récent, sanctionné au congrès de l'union le 20 décembre 1870, est entré en vigueur le 1^{er} mars 1871. Il a été adopté depuis par tous les États de ce pays, au nombre de vingt-sept, plus deux territoires et un district fédéral, sauf ceux de Mexico et de Vera-Cruz (2).

Ce Code qui est cependant dérivé, à la fois, de la loi française et de la loi espagnole, ne reconnaît pas d'hy-

(1) Art. 984. — Quiconque fait inscrire l'un des actes mentionnés dans l'art. 949, lorsque cet acte n'a pas d'existence juridique, sera responsable de dommages-intérêts, et s'il y a dol de sa part encourra les peines applicables aux crimes de faux.

(2) Traduction de M. de la Grasserie, 1896.

pothèques tacites. — Les hypothèques se divisent en hypothèques volontaires et en hypothèques nécessaires, dont le Code traite séparément, mais qu'il réunit en ce qui concerne la radiation, l'extinction et l'événement qui leur donne la vie, c'est-à-dire l'inscription sur les registres.

L'hypothèque nécessaire n'est autre que notre hypothèque légale : il s'agit de celle que sont obligés de constituer certains administrateurs du patrimoine d'autrui.

La loi mexicaine a pris des mesures particulières pour assurer l'inscription de l'hypothèque que le mari doit fournir à la femme ; tout d'abord, la constitution peut en être exigée par la femme, par le donateur, par les parents de la femme ou son tuteur. L'action de la femme, dans ce but, est imprescriptible, elle peut donc agir à quelque époque que ce soit de l'association conjugale, ce qui est conforme à la disposition de l'art. 20 du projet de la Chancellerie.

Pour l'inscription de l'hypothèque nécessaire, elle peut être demandée par la femme, ses parents, son tuteur ou le ministère public ; de plus, et c'est la disposition la plus intéressante à relever, car beaucoup de bons esprits regrettent de ne pas la voir figurer dans le projet de la Chancellerie, les notaires, devant lesquels s'est faite la constitution de dot, ou la donation anténuptiale, ou l'apport de biens paraphernaux garantis par une hypothèque du mari, doivent faire inscrire cette hypothèque dans les six jours.

Enfin, une autre personne est encore chargée, dans un cas particulier, par la loi mexicaine de l'inscription de l'hypothèque légale de la femme : si la dot est constituée avec estimation elle devient la propriété du mari, et elle est inscrite au nom de celui-ci, avec l'estimation de l'hypothèque dotale constituée et cette hypothèque s'inscrit en même temps sur le registre la concernant. En transcrivant les biens dotaux estimés au nom du mari sur le registre de la propriété, le conservateur doit faire d'office l'inscription y relative sur le registre des hypothèques. Cette dernière mesure pourrait être appliquée chez nous dans les cas où le contrat de mariage est susceptible de transcription, c'est-à-dire lorsqu'il contient donations d'immeubles, mais elle ferait double emploi avec la charge imposée obligatoirement au notaire pour tout contrat de mariage.

Le législateur mexicain a donc réglé d'une façon bien précise la publicité de l'hypothèque légale de la femme mariée et assuré par le plus de moyens possibles son inscription, afin que cette garantie, qui ne lui est accordée que sous la condition d'être publique, ne lui fasse pas défaut. Il n'est pas allé jusqu'à la spécialité, mais il est évident que lorsque l'hypothèque est constituée conventionnellement, elle ne grève que des immeubles déterminés.

Les régimes de communauté légale et conventionnelle existent au Mexique. Ils paraissent différents des nôtres, en ce sens que les immeubles communs ne peuvent être

aliénés ou grevés que par les deux époux. Mais, si en principe, chez nous, le mari peut disposer seul des conquêts ; dans la pratique, quels acquéreurs ou quels prêteurs se contentent de traiter avec le mari seulement, et n'exigent pas la présence de la femme ?

Sous le régime dotal, qui est le plus répandu, la présence et l'absence de l'hypothèque légale de la femme produisent d'intéressantes conséquences : si la constitution de dot n'interdit pas absolument toute aliénation, le mari peut l'aliéner, s'il assure la restitution du prix par une hypothèque constituée sur ses biens ; de même si l'inaliénabilité n'est pas absolue et que le mari puisse disposer des meubles et que ces meubles consistent en argent ou en bijoux, il ne pourra le faire qu'en donnant comme garantie, pour leur restitution, une hypothèque sur ses biens. Autres conséquences non moins curieuses, si les biens dotaux ne sont pas garantis par une hypothèque : 1° la femme peut les aliéner pour doter ou établir ses enfants d'un autre lit ; 2° le mari ne peut les affermer pour plus de neuf ans ; 3° ils sont imprescriptibles.

Ces derniers caractères, propres à la législation mexicaine, donnent à l'hypothèque légale de la femme une importance extraordinaire et ont une influence considérable sur le sort des biens dotaux.

Pérou. — Dans une autre ancienne colonie espagnole, au Pérou, une réforme récente a été introduite

dans le régime hypothécaire, concernant l'hypothèque légale de la femme.

Les lois du 2 janvier 1888, sur le registre de la propriété et celle du 2 janvier 1889 sur les banques hypothécaires, ont profondément modifié le Code civil Péruvien promulgué le 29 décembre 1851. L'hypothèque légale de la femme est soumise à la publicité et à la spécialité. Mais à côté de cette règle générale, il existe une disposition dérogatoire remarquable : pour la restitution des biens dotaux, la femme jouit d'un privilège qu'elle peut exercer, même contre les créanciers antérieurs.

Cela est important à constater si l'on observe que la dot peut exister dans tous les régimes matrimoniaux, qu'elle est obligatoire pour l'ascendant, à moins que les futurs époux étant majeurs se marient sans son consentement, qu'un tiers fournisse une dot, ou que l'enfant ait des biens personnels suffisants « d'une valeur égale à la moitié de sa légitime ».

Ainsi, les garanties accordées aux femmes pour leurs droits matrimoniaux sont différentes et correspondent à des principes absolument opposés ; pour certains biens, il leur est accordé un privilège occulte rappelant la dernière expression du droit de Justinien ; pour certains autres une hypothèque qui ne peut être acquise que par une stipulation expresse et une inscription.

Ces autres biens sont les paraphernaux qui comprennent tous les biens non dotaux. La femme en peut,

d'ailleurs, conserver l'administration, mais si elle donne mandat à son mari de les administrer, celui-ci ne peut les aliéner ni les grever sans son consentement. Ils sont obligatoirement administrés par le mari, quand il n'y a pas de dot constituée et seulement pour la moitié, et cette moitié que le mari a le droit d'administrer dans ce cas est traitée comme la dot, au point de vue de la garantie donnée à la femme, c'est-à-dire que celle-ci a un privilège pour leur restitution.

Comme on le voit la coexistence des deux garanties de nature si dissemblable tient aux régimes matrimoniaux péruviens, qui ont divisé en deux classes les biens que peuvent posséder les femmes dans le mariage : les biens dotaux qui se trouvent sous tous les régimes et les biens paraphernaux. Si le législateur garantit les biens dotaux par un privilège, c'est qu'il les considère, sans doute, comme restant la propriété incommutable de la femme, et sous un nom différent ce n'est probablement qu'un droit de rétention (combien de privilèges chez nous ne sont qu'un droit de rétention déguisé !) ou l'exercice d'une revendication romaine. Il n'y a donc pas lieu de s'étonner de cette disposition particulière ; il faut plutôt remarquer que la dernière réforme introduite dans la législation du Pérou en 1888 et 1889 pour l'hypothèque légale de la femme a été l'organisation de la publicité et de la spécialité, au double point de vue de l'étendue de la créance, et des biens sur lesquels elle porte. Et cette innovation a été

accompagnée, comme dans beaucoup d'autres pays, de l'obligation imposée au notaire qui reçoit un acte authentique susceptible d'inscription de remettre dans les trois jours un résumé de cet acte au fonctionnaire préposé au registre public.

Le rapide coup d'œil que nous venons de jeter sur ces quelques législations, dérivées du droit romain, nous a permis de remarquer que, depuis moins d'un siècle, elles ont toutes été modifiées, au point de vue de l'hypothèque légale de la femme, précisément dans le sens où l'on propose de réformer la nôtre. Si nous examinons, maintenant, quelques législations dérivées du droit germanique mais ayant, sous l'influence du droit romain, institué une hypothèque légale au profit de la femme, nous l'y trouvons soumise à la publicité et à la spécialité complètes.

II. — Législations germaniques.

Bavière. — En Bavière, la loi du 1^{er} juin 1822, dans son art. 12, admet comme ayant le droit d'acquérir l'hypothèque par la force de la loi, sans le consentement du débiteur, la femme sur les immeubles de son mari : 1^o pour son apport dotal ; 2^o pour les droits résultant du contrat de mariage ; 3^o pour ses demandes en indemnités provenant des obligations du mari et

dont elle est tenue ; 4° pour le emploi du prix de ses biens aliénés par le mari.

Mais l'art. 19 dispose qu'aucune créance ne peut être inscrite que pour une somme d'argent déterminée.

Les créances et les droits, dont la valeur n'est pas exactement fixée, sont évalués en argent par convention ou par arrêt ; mais, en cas de changement de circonstances, le débiteur peut demander la réduction de l'évaluation ou le créancier exiger une nouvelle inscription pour supplément de garantie. Car, si le droit d'acquérir l'hypothèque s'étend sur toute la fortune immobilière du débiteur, celui-ci peut demander que l'hypothèque ne soit inscrite que sur une partie de ses biens, dont la valeur serait d'un tiers au-dessus de la créance.

L'hypothèque, comme droit réel, s'acquiert par l'inscription formelle sur les registres publics tenus sous la foi de l'autorité et, seulement du moment de cette inscription, sans distinguer si le titre est légal ou conventionnel. Toutefois (art. 21), aucune hypothèque ne peut être inscrite sans que le propriétaire de la chose n'ait été préalablement averti, et l'inscription n'a lieu que lorsque la somme est déterminée et les immeubles spécialement désignés.

Done, en Bavière, le titre que confère la loi ne donne pas l'hypothèque, mais seulement le droit de l'acquérir par l'inscription. C'est bien la conception que l'on retrouve dans le projet de réforme d'octobre 1896.

Brême. — Citons en passant qu'une loi du 1^{er} décembre 1833, exécutoire le 1^{er} mai 1834, a modifié le régime hypothécaire de la ville libre Hanséatique de Brême. — L'art. 135 abroge toutes les hypothèques tacites qui subsistaient antérieurement. Cette loi divise les hypothèques légales en deux classes : celles de la première qui comprennent celles des femmes, des mineurs, de l'Etat et de l'Eglise, conservent leur caractère de généralité, mais sont soumises à l'inscription ; celles de la seconde qui, comme celles des commissionnaires, des légataires, etc., doivent être spécialisées.

Bade. — Brunswick. — Bavière Rhénane. — D'autres Etats d'Allemagne ont adopté des dispositions semblables depuis le commencement du siècle ; trois d'entre eux cependant, nous devons le reconnaître, ont abandonné la réforme peu de temps après sa mise à exécution ; le Grand-Duché de Bade, celui de Brunswick et la Bavière Rhénane ont rétabli les hypothèques légales occultes, après les avoir soumises à la nécessité de l'inscription. Peut-être les dispositions légales prises pour opérer cette réforme étaient-elles mal conçues et leur application a-t-elle offert d'assez graves difficultés, pour être déclarées impraticables et faire regretter les anciens usages qu'il est peu facile d'abolir, quand ils ont pris racine dans les habitudes et les mœurs.

Code civil allemand. — Outre les États dont nous

venons de passer en revue les lois civiles sur le projet qui nous occupe, il y avait encore en Allemagne plusieurs États dont les Codes accordaient une hypothèque légale à la femme mariée, c'étaient : le Landrecht Prussien, la Saxe et le Wurtemberg. Mais les lois hypothécaires prussiennes et celles des autres États, qui ont adopté les principes prussiens dans cette matière, ne reconnaissent pas l'hypothèque occulte. L'hypothèque légale n'existe, au regard des tiers, que par son inscription aux registres publics.

Quoi qu'il en ait été, les événements qui ont amené la constitution d'un empire fédéral vont entraîner l'unification de la législation allemande. Une loi du 20 décembre 1873, modificatrice du n° 13 de l'art. 4 de la constitution de l'empire, déclara matière fédérale l'intégrité du droit civil, du droit pénal et de la procédure judiciaire. Le 20 février 1874, le conseil fédéral désigna cinq jurisconsultes pour donner leur avis sur le plan et la méthode à suivre dans l'élaboration du projet de Code civil ; sur la proposition de ce collège, le conseil fédéral institua le 28 juin 1874 une commission de onze membres dont il se réserva le choix.

La rédaction des avant-projets et des exposés des motifs occupa la commission jusqu'au 1^{er} octobre 1881, date à laquelle elle ouvrit ses délibérations sur chaque projet partiel.

Cette discussion en séance plénière se prolongea jusqu'en décembre 1887. Un projet définitif fut remis à

cette date au Chancelier de l'Empire. Il contenait 2164 articles et fut communiqué le 31 janvier 1888 au conseil fédéral, qui en ordonna l'impression. Depuis lors, une nouvelle commission a été chargée de reviser le projet en seconde lecture. Elle s'est mise à l'œuvre le 1^{er} avril 1891. C'est ce nouveau projet qui sera le Code civil allemand (1). Il vient d'être voté, mais il ne doit être promulgué et devenir exécutoire qu'à partir de 1900.

On voit par la genèse de cette œuvre juridique, combien soigneuses et patientes ont été les études des jurisconsultes appelés à y collaborer.

Le régime hypothécaire que le Code allemand consacre et qui paraît institué, surtout au point de vue de l'utilité pratique, repose sur des bases entièrement nouvelles.

L'hypothèque se divise en :

Hypothèque sans lettre hypothécaire et hypothèque avec lettre hypothécaire.

La première correspond à notre hypothèque, cependant elle en diffère par une publicité, une spécialité, une réalité absolues. Elle n'est jamais occulte, elle est inscrite non sur le propriétaire, mais sur la parcelle cadastrée. Puis, et surtout, elle n'est pas absolument indépendante de la créance, comme chez nous.

(1) M. de la Grasserie avait publié en 1893 une traduction du projet élaboré en 1888, mais il a reçu, paraît-il, de nombreuses modifications en seconde lecture depuis 1891.

La seconde branche, l'hypothèque avec lettre hypothécaire, diffère de la première en ce qui concerne sa cession ; il n'est pas besoin de revenir au bureau foncier pour en opérer le transfert : c'est l'hypothèque négociable, elle se transmet comme un effet de commerce par la remise du titre, mais l'endossement est remplacé par une déclaration devant notaire ou en justice.

Il n'existe pas d'hypothèque légale au profit de la femme. Celle-ci n'a d'autres sûretés contre son mari que celles fournies par l'art. 1324, qui lui permet de faire valoir à toute époque les droits qui résultent pour elle de la violation des obligations qui incombaient à son mari par suite de son administration (ces obligations sont celles du mandataire et forment l'objet des art. 591 à 595) et par l'art. 1328 qui lui permet d'exiger la cessation de la jouissance ou de l'administration du mari, dans certains cas déterminés, et en particulier, lorsque celui-ci a violé les obligations qui lui incombaient relativement à cette jouissance et administration, et qu'il y a lieu de craindre que les droits de la femme ne soient en péril pour l'avenir.

Mais, en vertu du principe de la liberté des conventions, rien n'empêche la femme ou ses représentants, lors de la passation du contrat, de stipuler une hypothèque de garantie, hypothèque que le droit civil allemand permet de constituer pour sûreté de créances futures ou indéterminées (art. 1127 à 1134).

Donc, plus d'hypothèque légale pour la femme en

Allemagne, à partir de la mise en vigueur de ce nouveau Code civil. Cette institution, d'ailleurs étrangère au droit germanique pur, va disparaître sur tout le territoire de l'Empire. Du reste, les législations qui en étaient directement inspirées ne la connaissaient pas.

Suisse allemande. — Les cantons de la Suisse allemande qui ont subi l'influence de ce droit dans leur législation civile n'ont pas adopté cette garantie dans les modifications récentes dont elles ont été l'objet.

Grisons. — Le Code civil du canton des Grisons, qui date de 1862, ne mentionne aucune hypothèque légale et les principes généraux sur lesquels il repose seraient inconciliables avec une institution de cette nature, telle qu'elle existe dans notre droit. Car, là également, les hypothèques se fondent sur une publicité et une spécialité absolues ; une disposition législative, qui n'admet pas d'exception, dit expressément que le droit de gage ou d'hypothèque ne peut porter d'une manière générale sur le patrimoine ou sur les biens, meubles ou immeubles du débiteur, mais seulement sur des choses déterminées et spécialement indiquées (art. 281) et que, lorsque le montant de l'obligation est indéterminé « comme par exemple une rente viagère » pour la validité de l'hypothèque, il faut évaluer l'obligation en une somme fixe jusqu'à concurrence de laquelle on doit prendre inscription (art. 260).

Comme garantie contre le péril qui pourrait résulter pour ses biens de l'administration du mari, la femme, ses parents ou l'autorité tutélaire, « elle-même d'office », peuvent en demander la mise en sûreté, qui doit être publiée dans le journal officiel et qui consiste à en laisser l'administration à l'autorité tutélaire. C'est bien une sorte de recours semblable à notre séparation de biens, mais la femme n'a pas d'autre garantie légale ; aucun principe ne s'oppose à ce qu'elle en exige conventionnellement, mais la pratique ne doit guère fournir d'exemples de stipulations analogues. Celles-ci seraient de nature à blesser la susceptibilité du futur conjoint et elles ne peuvent entrer dans les habitudes que lorsqu'elles sont prescrites par la loi, afin de remplacer des sûretés déjà existantes, comme cela se passera quand la réforme projetée en France aura été réalisée.

Si d'une part, l'on ne rencontre pas l'hypothèque légale de la femme mariée dans les cantons suisses, qui ont subi l'influence allemande, nous avons, d'autre part, vu plus haut que dans la Suisse Romande elle existait, mais que des modifications récentes l'avaient organisée avec la double base de la publicité et de la spécialité.

Zurich. — Il est, cependant, un troisième groupe de cantons qui possède une législation hypothécaire originale, qui est une sorte de transaction entre les cou-

rants juridiques qui se partagent la Suisse. Parmi ceux-ci, le canton de Zurich a été doté en 1887 d'un Code civil, qui contient relativement aux garanties accordées à la femme mariée des dispositions, participant à la fois des idées romaines et des idées germaniques.

L'art. 325 du Code de Zurich pose d'abord le principe suivant :

« L'hypothèque, sauf les hypothèques légales, ne peut être constituée que par voie d'inscription sur le registre foncier. »

Au premier abord, il semble y avoir là une reproduction littérale de nos art. 2134 et 2135. Il n'en est rien, car les hypothèques légales dont il est question ne concernent pas les incapables ni en tous cas la femme mariée. Sa condition est réglée de la manière suivante :

« ART. 604. — La femme a, en tous temps, le droit de réclamer de son mari, un inventaire de ses apports dûment signé de lui, certifié et légalisé, tant au point de vue de la date qu'à celui de la signature, et de plus, une garantie de sécurité pour tout ou partie desdits apports. »

Cette garantie de sécurité ou lettre de sécurité s'appelle « *weibergutsversicherungsbrief* ». Ce mot est l'équivalent de celui d'assignat dont se servent les Codes de la Suisse française, pour désigner l'acte par lequel le mari assure, par une hypothèque constituée sur l'un ou plusieurs de ses immeubles, la restitution des biens que la femme lui apporte en mariage.

Le mari a besoin, non seulement du consentement

de la femme, mais encore d'un tuteur extraordinaire nommé *ad hoc* ; pour aliéner, engager ou modifier une lettre de sécurité des biens de la femme.

D'autre part, la Direction des orphelins *Waisenamt* de la commune d'origine (1) ou éventuellement de la commune du domicile de la femme, a le droit, même sans l'assentiment de celle-ci, de demander au mari des sûretés pour les apports, lorsque la conservation lui en paraît compromise. La Direction des orphelins adresse à cet effet une requête au conseil du district.

Ce conseil prend les mesures qu'il juge nécessaires pour la protection des biens de la femme, il ordonne, par exemple, le dépôt en mains tierces des titres ou autres objets précieux ou fait fermer au mari moyennant l'intervention du Tribunal les registres notariaux et hypothécaires, etc.

Si le mari, contrairement à la décision du conseil, conteste qu'il ait des sûretés à fournir, il est tenu de l'en informer par écrit, dans les six semaines, à partir de la notification de la décision, et alors, le conseil provoque une sentence judiciaire, conformément aux règles posées par le Code de procédure Zurichois.

(1) Cela s'explique d'après l'organisation de l'assistance publique : les nécessiteux tombent à la charge non de la commune où ils résident, mais de celle dont ils sont bourgeois par droit d'héritage ou d'acquisition. Celle-ci a donc intérêt à empêcher que les biens d'un de ses ressortissants ne soient dissipés et que la famille n'ait éventuellement à réclamer des secours.

La femme a le droit de déposer ses lettres de sécurité dans la caisse de la Direction des orphelins.

La question de savoir si les sûretés offertes par le mari sont suffisantes est à traiter comme un litige judiciaire. Lorsque le mari est hors d'état de fournir les sûretés voulues, la femme ou, le cas échéant, l'autorité tutélaire supérieure, a le droit de dessaisir le mari du capital de la fortune mobilière qu'elle a apportée et de déposer ce capital dans la caisse de la Direction des orphelins.

De son côté, le mari est autorisé à se soustraire à l'obligation de fournir des sûretés, en renonçant de fait à la possession des apports mobiliers de sa femme et en les restituant dans leur intégralité.

Enfin l'art. 611 dispose que, dans la procédure du concours ouverte sur le mari, la femme jouit d'un privilège pour ses reprises conformément aux dispositions de la législation sur cette procédure. Cette loi sur la procédure du concours du 29 octobre 1871, n'a pas été traduite en français, il ne nous a donc pas été possible d'analyser les conditions dans lesquelles s'exerce ce privilège, mais il nous a paru intéressant d'exposer cette législation, qui accorde des garanties si considérables et si minutieusement réglées, sans grever les biens du mari d'une charge aussi générale. N'est-elle pas suggestive cette coexistence du privilège que des jurisconsultes distingués réclament pour notre législation, au profit de la femme, sur les valeurs mobilières du mari, et de la lettre de sécurité ou titre hypothécaire public

et spécialisé à l'exemple de l'hypothèque, telle que la conçoit le projet de la Chancellerie et, cependant, se pliant comme l'hypothèque allemande à toutes les nécessités pratiques, par son caractère négociable ?

III. — Législations récentes préparées sous l'influence française.

Japon. — Après les législations européennes adaptées à une civilisation et à des mœurs analogues aux nôtres, si nous passons aux pays où notre influence est devenue prépondérante, par la conquête, nous verrons notre gouvernement introduire des lois civiles extraites du Code Napoléon et modifiées seulement sur le point qui nous occupe, sur la publicité et la spécialité des hypothèques légales. Avant de parler de nos colonies, notons en passant le projet de Code civil préparé par M. Boissonnade pour l'empire du Japon en 1891. L'auteur n'est pas allé jusqu'à exiger la spécialisation de l'hypothèque légale de la femme, mais dans l'art. 1219 il lui attribue, indépendamment de toute stipulation, le principe de la publicité, sans y admettre d'exception et il a fait ressortir, dans le commentaire qui accompagne le projet, la profonde différence que cette disposition crée entre la loi française et la loi japonaise, et quels avantages il croit être attachés à cette modification.

La citation de ce document n'est qu'un exemple à ajouter à la longue série de ceux qui présentent une application totale ou partielle des principes sur lesquels repose le projet de la Chancellerie. Car, son intérêt pratique, sur cette matière particulière, doit être très restreint ; il est rare en effet , au Japon, que la femme ait une fortune personnelle confiée à l'administration du mari et sujette à restitution ou à reprise, à la dissolution, car les filles sont exclues de la succession paternelle. L'hypothèque légale de la femme sera tout à fait nouvelle, au Japon, comme d'ailleurs toutes les hypothèques légales.

Empire d'Annam. — Plus avancées, sinon plus favorisées que la métropole, deux de nos colonies jouissent d'un régime hypothécaire conçu, quant à la partie que nous examinons, dans le même esprit que le projet de la Chancellerie, c'est-à-dire astreignant l'hypothèque légale de la femme à l'inscription.

Le projet de Code civil pour l'empire d'Annam rédigé en 1874 par M. Lasserre, vice-président de la Cour d'appel de Saïgon, expose que l'hypothèque n'existe pas dans la législation indigène, et qu'il serait bon de l'y organiser. L'hypothèque légale ne trouverait son utilité réelle dans la législation indigène que vis-à-vis des mineurs et des interdits, celle que la loi française accorde à la femme mariée sur les biens du mari serait sans objet, puisque ce dernier ne peut, durant le mariage,

consentir ni sur ses propres, ni sur les biens de la communauté, aucune sorte d'engagement sans son consentement. La femme est donc suffisamment protégée par les dispositions qui régissent l'association conjugale.

Mais, pour les autres hypothèques légales et judiciaires, le projet dispose que le conseil déterminera, au moment de l'entrée en fonctions du tuteur, celui ou ceux de ses immeubles qui devront être affectés à garantir la bonne administration des intérêts qui lui sont confiés.

Le principe du cantonnement de l'hypothèque légale y est donc posé et appliqué, ainsi que celui de la publicité, à toute hypothèque ne prenant rang que du jour de son inscription.

Madagascar. — Le 16 juillet dernier, le ministre des colonies présentait à la signature du Président de la République le décret, qui est une véritable loi civile, organisant le régime de la propriété foncière à Madagascar, élaboré par une commission locale présidée par le procureur général de la colonie. Le titre X est consacré aux hypothèques qui sont divisées en hypothèques volontaires et en hypothèques forcées. Ces dernières sont acquises en vertu d'une décision de justice sans le consentement du débiteur, par différentes classes de personnes, entre autres par la femme sur les immeubles de son mari pour sa dot, ses droits matrimoniaux, l'indemnité des obligations du mari dont elle est tenue, et le

remploi du prix de ses biens aliénés. La convention matrimoniale, s'il y en a, détermine les immeubles du mari qui sont grevés d'hypothèque, l'objet auquel s'applique la garantie et la somme jusqu'à concurrence de laquelle l'inscription peut être prise. S'il n'a pas été stipulé d'hypothèque, en cas d'insuffisance des garanties déterminées par le contrat, la femme peut, dans le cours du mariage, et, en vertu d'un jugement du tribunal, à défaut du consentement du mari, pour toutes les causes de recours qu'elle peut avoir contre lui, soit à raison des obligations par elle souscrites ou d'aliénations de ses biens propres, ou de donations ou de successions auxquelles elle est appelée, requérir inscription d'une hypothèque sur les immeubles de son mari. Le jugement, dans ce cas, détermine la somme pour laquelle l'inscription sera prise et, lorsque les garanties seront devenues excessives, le mari pourra en demander la réduction au tribunal.

En des termes presque identiques, ce sont les dispositions du projet du mois d'octobre 1896 consacrées et mises en pratique, car il est inutile d'ajouter que le décret qui règle ainsi l'attribution de l'hypothèque légale au profit de la femme, subordonne son rang et ses effets, à l'égard des tiers, à l'inscription. Quant au renouvellement, l'hypothèque légale de la femme n'y est pas soumise. L'art. 112 dispose que les inscriptions des hypothèques, soit volontaires, soit forcées, auront la même durée que l'hypothèque.

Sans édicter formellement qu'il ne peut être convenu qu'il ne sera pas pris inscription, ce qui laisserait à entendre qu'en vertu du principe de la liberté des conventions une semblable entente pourrait efficacement intervenir, le décret du 23 juillet 1897 prévoit, dans l'art. 119, deux cas exceptionnels, dans lesquels le mari pourra toujours être dispensé de l'hypothèque. L'un d'eux figure dans le projet de la Chancellerie ; c'est lorsqu'une caution aura été fournie, mais il faut que cette substitution soit reconnue suffisante par une décision de justice. L'autre cas doit être spécial à ce décret il est douteux qu'il présente un véritable intérêt pratique et qu'il y ait lieu de regretter qu'il ne figure pas dans le projet, c'est lorsque le mari constitue un gage mobilier également reconnu suffisant par une décision de justice.

Il ressort donc des différentes législations que nous venons de parcourir que toutes n'accordent pas à la femme mariée cette faveur considérable, qui consiste dans l'attribution d'un droit réel sur les immeubles du mari et que, parmi celles qui admettent une hypothèque légale à son profit, aucune ne la lui donne, sans l'astreindre, au moins, à l'inscription et quelquefois, sans l'obliger à la faire stipuler formellement et à la cantonner sur des biens déterminés.

Les législations étrangères, dont le plus grand nombre se range du côté de la publicité et de la spécialité,

nous offrent un exemple qui porte avec lui un enseignement d'une grande autorité, car il est l'expression des sentiments des peuples et des observations de leurs législateurs.

En tous cas, il est de nature à lever les scrupules de ceux qui s'effraieraient d'innovations et redouteraient de voir faire en France, à l'occasion d'intérêts très respectables, des expériences législatives aventureuses, le projet de réforme ne faisant qu'adopter des mesures qui sont organisées depuis assez longtemps déjà, à l'étranger et dont il ne semble pas que le fonctionnement ait amené des abus et causé des ruines. Mais, ce qui, surtout, est digne de réflexion, c'est de remarquer que les nations qui se sont approprié presque textuellement notre Code ou, du moins, qui ont construit leur législation civile sur les mêmes bases, ne s'en sont écartées que pour supprimer la clandestinité des hypothèques légales, et souvent même leur généralité. En conservant à l'hypothèque légale de la femme mariée les caractères que lui avait assignés son fondateur (et Justinien, dotant la femme d'une garantie de cette nature, ne pouvait la lui donner que telle qu'elle existait dans le droit de son empire, c'est-à-dire occulte et générale), il semble que notre pays, généralement à la tête de tous les progrès, se soit, sur ce point spécial, laissé devancer par les autres peuples qui ont su plus tôt harmoniser leur législation avec les nécessités d'une époque où la

circulation des richesses est plus active et où le crédit territorial doit être favorisé, en affranchissant la propriété des droits occultes qui, s'ils ne la grèvent pas lourdement, sont une source d'entraves et de difficultés pour sa transmission.

CHAPITRE III

INCONVÉNIENTS DU RÉGIME ACTUEL.

Le Code, aux termes de l'art. 2121, attribue une hypothèque légale à la femme mariée sur les biens de son mari, quel que soit le régime matrimonial adopté. Le mariage est donc la source de l'hypothèque ; c'est en raison de cet acte et des conséquences qu'il entraîne dans la situation respective des époux que la loi accorde cette garantie. Le fondement de cette faveur réside dans la difficulté qu'est présumée avoir la femme de stipuler des sûretés pour la restitution de ses biens confiés à l'administration du mari, tant de ceux qu'elle possède au moment du mariage que de ceux qui lui adviennent dans la suite.

Les caractères de généralité et de clandestinité, qui distinguent l'hypothèque légale de la femme, comportent de graves inconvénients que nous allons passer en revue. Si ces inconvénients se retrouvent dans tous les cas d'hypothèques générales et occultes, ils sont surtout sensibles pour celle accordée à la femme mariée. La situation de tuteur et celle de comptable des deniers publics existent plutôt à l'état d'exception dans la société, tandis que la généralité des hommes est destinée

à passer par le mariage, et obligée de supporter les charges qui en résultent.

Ces inconvénients de plusieurs sortes, peuvent être ramenés aux différents ordres d'idées suivants :

1° L'hypothèque générale et clandestine apporte des entraves au crédit public et à la libre circulation des biens ;

2° Elle crée des difficultés dans la transmission des immeubles, au double point de vue de la purge et de la procédure d'ordres ;

3° Elle n'assure, dans certains cas, qu'une protection inefficace à la femme ;

4° Les moyens que la loi organise pour en modifier les caractères sont pleins de complications et de difficultés.

1. — Atteinte portée au crédit public.

En disant que l'hypothèque légale constitue une gêne pour le crédit public, il y a lieu de rectifier ce que cette expression pourrait avoir d'impropre et de spécifier qu'il ne s'agit pas ici du crédit de l'Etat, mais de celui du public en général comprenant l'ensemble de tous les citoyens majeurs qui possèdent un patrimoine et l'administrent, principalement les propriétaires d'immeubles, qu'ils soient ou non mariés. En effet même lorsqu'ils ne le sont pas, si leur état de célibat n'est pas constant pour les tiers qui traitent avec eux, ceux-ci sont obligés de s'en informer. Or, la législation, du

moins jusqu'à ces derniers temps, ne fournissait aucun moyen aux uns de prouver qu'ils étaient célibataires, aux autres de s'en assurer. La loi toute récente du 17 août 1897 vient seulement de combler cette lacune, en prescrivant la mention de la célébration du mariage en marge de l'acte de naissance des époux.

Pour ceux qui sont mariés, il n'est guère d'opérations qu'ils puissent faire, sans qu'il y ait lieu de se préoccuper de l'hypothèque légale de la femme, de s'y heurter, de la voir causer des embarras et des lenteurs extrêmement préjudiciables.

D'abord au point de vue du crédit ; veulent-ils emprunter ?

Avant de se dessaisir de ses fonds, le capitaliste soucieux de ses intérêts se fait délivrer un état des inscriptions qui peuvent grever les immeubles sur lesquels le débiteur offre de constituer hypothèque. Si l'état délivré était véritablement sincère et que le prêteur fût assuré de ne voir aucun autre droit réel se révéler dans la suite, susceptible de primer celui qu'il veut se faire concéder, le contrat de prêt projeté pourrait être réalisé très rapidement. Mais après avoir consulté l'état qui le renseigne sur les obligations déjà contractées avec affectation conventionnelle sur les immeubles dont il s'agit, il reste au capitaliste à rechercher quelle est la situation de famille de l'emprunteur. Actuellement, il n'aura plus, il est vrai, qu'à se faire représenter un extrait de l'acte de naissance ; mais, il y a peu de temps,

il était obligé de se livrer à une véritable enquête. Il ne peut se contenter d'interroger le futur débiteur, ou du moins, il ne saurait s'en rapporter à ses déclarations, du moment où il n'existe aucune sanction contre le contractant dont les affirmations sont mensongères, puisque le stellionat n'est pas réprimé, depuis que la peine qui lui était appliquée a disparu de nos lois. Si l'emprunteur est marié, le futur créancier doit faire une nouvelle enquête pour apprendre quelle est la fortune de la femme, et si ses reprises probables doivent excéder la valeur des immeubles sur lesquels on lui offre une hypothèque. Même, s'il lui paraît actuellement possible de venir en ordre utile, il demeure soumis à toutes les incertitudes : des opérations désavantageuses ou une faute du mari dans la gestion des biens provenant de la femme et les faisant périliter, l'exposent à voir se substituer à un droit de propriété, à des reprises en nature de la part de la femme un droit de créance au profit de celle-ci s'exerçant sur les biens du mari et diminuant d'autant son gage.

La perspective de ces aléas rend les prêteurs difficiles, leur fait imposer des conditions souvent plus onéreuses (1), ou les détourne de ces placements qu'ils ne consentent généralement à opérer qu'en exigeant le con-

(1) Dans les prêts hypothécaires, malgré la sécurité qu'ils offrent aux capitalistes, le taux de l'intérêt s'est maintenu entre 4 et 5 0/0, alors que toutes les valeurs donnent aujourd'hui des revenus bien inférieurs.

cours de la femme à l'obligation. Alors, l'on arrive pour ce fait comme pour d'autres, à ce résultat imprévu, que dans la réalité des choses, le mari ne peut contracter d'emprunt (car les capitaux sont naturellement timides) sans l'intervention et pour ainsi dire sans le consentement de la femme.

Autre fait remarquable : c'est que l'entrave, apportée par l'hypothèque légale au crédit du mari est d'autant plus lourde que la femme est plus riche, car ses reprises et par suite l'étendue de son hypothèque croissent en raison directe de sa fortune.

Si la pratique des cessions et des subrogations à l'hypothèque légale atténue, dans une certaine mesure, ces inconvénients, la nécessité d'y recourir n'en constitue pas moins une gêne considérable pour les transactions. Rappelons, d'ailleurs, que le silence du Code sur ce point avait fait naître des doutes sur la validité de ces conventions, et qu'une controverse importante qui n'a plus aujourd'hui qu'un intérêt historique a, jusqu'en 1852 et 1855 (1), partagé les auteurs sur le point de savoir, si la femme pouvait se dépouiller d'une garantie qui lui avait été attribuée pour des considérations d'ordre public.

La responsabilité, dans certains cas, du notaire en l'étude duquel est souscrite l'obligation hypothécaire ne dispense pas de prendre toutes ces précautions ; en effet

(1) Art. 8 et 20 du décret du 28 février 1852 sur les sociétés de crédit foncier et art. 9 de la loi du 23 mars 1855.

c'est lui qui, en qualité de *suasor negotii*, doit s'enquérir de la situation de famille et de fortune de l'emprunteur et faire les démarches nécessaires pour obtenir l'intervention de la femme. On n'échappe pas à ces lenteurs. Même, lorsque le notaire est l'intermédiaire dans la conclusion du contrat, le capitaliste ne saurait sérieusement compter sur la responsabilité de cet officier public : si celui-ci fait contracter des obligations hypothécaires aventureuses, sa fortune personnelle ne peut offrir qu'une garantie insuffisante, en proportion du chiffre auquel peuvent s'élever les intérêts en cause dans les actes reçus par lui.

L'incertitude et la menace qui pèsent sur les prêteurs de voir se manifester, à leur encontre, des droits qui leur font perdre un rang utile et à l'exercice desquels aucune précaution ne peut les soustraire, vu les difficultés à obtenir une complète sécurité, détournent les capitaux des prêts hypothécaires. La propriété territoriale qui aurait eu si grand besoin de se voir faciliter le crédit, souffre vivement de cet état de choses dont la réforme se fait trop longtemps attendre.

On prétendrait vainement, pour résister à tout changement dans le régime hypothécaire, que la trop grande facilité des emprunts par hypothèque est un écueil pour les propriétaires et pour la fortune publique. On ne saurait s'arrêter à une pareille objection, formulée par un système économique qui compte peu de défenseurs et semble condamné. Il est de toute

évidence que le crédit est, aujourd'hui, une force considérable et une source de richesses. Or, tant que subsisteront les hypothèques légales et principalement celles de la femme, l'organisation du crédit agricole attendu depuis de longues années sera extrêmement difficile. Du reste, le résultat auquel conduirait l'ordre d'idées auquel correspond l'objection précédente, serait contraire aux principes de notre droit civil, qui ne protège pas les personnes jouissant de leur capacité civile malgré elles et contre elles-mêmes. On irait certainement au delà du but et de la volonté de la loi, qui veille seulement sur la fortune des mineurs et des femmes, mais qui est bien éloignée de vouloir, sous prétexte de garantie des intérêts probables et des droits non compromis, entraver les transactions, et pour ainsi dire enchaîner la propriété.

L'on objecte encore, sans plus de fondement, que depuis l'ordre de choses établi par le Code, il n'y a eu que de très rares exemples de créanciers ayant éprouvé des dommages par suite de la révélation de l'hypothèque occulte de la femme. Cela est possible, quoiqu'on ne puisse guère le savoir : en face d'un fait sanctionné par une disposition formelle de la loi, ceux dont les droits étaient compromis n'ont pu songer à le contester en justice. Cela prouve seulement que les créanciers ont soin pour ne pas perdre leur rang de recourir à toutes les formalités et à toutes les stipulations néces-

saires, mais cela n'empêche pas le recours à ces formalités d'être une entrave considérable.

Veulent-ils aliéner ? La présence de l'hypothèque légale générale et occulte est là, encore, une source de lenteurs et d'entraves dans la libre circulation des biens.

Cette hypothèque grevant la totalité des immeubles du mari aussi bien ceux qu'il possédait au moment du mariage que ceux qui lui adviennent dans la suite (1), et s'étendant, d'après l'opinion générale, sur les conquêts de la communauté, le mari ne peut disposer d'aucun de ses biens immobiliers, sans que la femme renonce au droit réel, comportant un droit de suite, dont elle est investie, pour permettre à l'acheteur d'en acquérir la libre et pleine propriété. Pour que le mari puisse faire une aliénation immobilière quelconque, à titre gratuit ou à titre onéreux, il faut le consentement, nous pouvons dire l'autorisation de sa femme, de telle sorte que les principes qui règlent la puissance maritale sont renversés, et que le régime hypothécaire actuel les ruine, en introduisant indirectement une véritable réciprocité dans les pouvoirs respectifs des époux.

A côté de ces inconvénients théoriques, existent plusieurs inconvénients pratiques : obligé de recourir à l'intervention de la femme, le mari doit la solliciter ; ses démarches en ce sens, comme celles qui tendent à obtenir la présence de la femme pour contracter une obligation, dans le cas ci-dessus, peuvent être le pré-

(1) Sauf les trois exceptions des art. 952 et 1054 du Code civil et 563 du Code de commerce.

texte de difficultés intimes et une occasion de troubler la bonne harmonie du ménage.

En dehors de cette considération, le caractère clandestin de l'hypothèque légale oblige toujours les tiers acquéreurs à s'informer avec exactitude de l'état civil du vendeur avant tout paiement du prix, sous peine de courir les plus grands risques car, là encore, il est désarmé contre la mauvaise foi, les fausses déclarations étant dépourvues de sanction effective. Quand le prix a été versé, le recours à l'annulation du contrat pour dol et à une demande en allocation de dommages-intérêts, outre la restitution de la somme payée, est généralement inefficace et sans résultat, en raison de l'insolvabilité de l'auteur de la fraude.

La transmission de la propriété étant fort gênée par la présomption qui pèse sur chaque immeuble d'être grevé de quelque droit réel occulte, dont il faut au préalable le débarrasser, avant d'en devenir propriétaire absolu, la marche des transactions immobilières s'en ressent ; les difficultés inhérentes à cet état de choses détournent les capitaux de la propriété rurale.

Que se passe-t-il, en effet, sous le régime actuel ?

Lorsque l'acquéreur ayant pris ses informations est décidé à conclure, ou bien la femme intervient et concourt à la vente ou elle n'y paraît pas.

Dans le premier cas : une loi récente a réalisé un grand progrès en déterminant exactement les conséquences de cette intervention. Mais jusqu'au 13 février

1889, le silence et l'obscurité de la législation avaient fait naître de grandes difficultés, elles seront heureusement aplanies, et aujourd'hui, le concours de la femme à l'acte d'aliénation stipulant soit comme co-venderesse, soit comme garante ou caution de son mari, emporte renonciation au profit de l'acquéreur à son hypothèque, et cette renonciation vaut purge, à partir de la transcription de l'acte d'aliénation ou de la mention faite en marge de la transcription, si la renonciation a été consentie par acte authentique distinct. Dans le cas où la femme peut céder son hypothèque ou y renoncer, la seule obligation à laquelle la législation actuelle soumette la disparition de l'hypothèque légale est donc d'obtenir le concours de la femme à l'acte d'aliénation de tout immeuble du mari ou de la communauté, ou sa renonciation par acte authentique. Mais dans les cas nombreux où la femme ne peut pas le faire ; par exemple, si elle est mineure, ou, si elle est mariée sous le régime dotal et dans ceux où, pour une raison quelconque, elle n'intervient pas à l'acte, la présence de l'hypothèque sur l'ensemble du patrimoine oblige les acquéreurs, pour obtenir pleine sécurité, de recourir à la procédure de la purge dont le mécanisme présente les complications que nous allons exposer.

II. — Difficultés dans la transmission des immeubles au double point de vue de la purge et de la procédure d'ordre.

§ 1. — Difficultés dans la purge.

La purge, à laquelle il est nécessaire de procéder pour les ventes des immeubles appartenant à un homme marié, afin de les affranchir de l'hypothèque légale de la femme, lorsque celle-ci n'y a pas renoncé, est une obligation ruineuse, à cause des frais qu'elle entraîne ; en effet : il se fait en France tous les ans plus de 80.000 ventes d'immeubles de 200 francs et au-dessous (1), et les frais de purge en pareil cas égalent presque le prix de l'acquisition. On voit quel préjudice cause à la propriété la présence de l'hypothèque légale. Ce préjudice disparaîtrait en grande partie, si l'hypothèque de la femme, au lieu de grever la totalité des immeubles du mari, n'en grevait que quelques-uns et si elle était assujettie à l'inscription. En effet, les premières formalités de la purge ont précisément pour but de faire apparaître d'abord l'hypothèque légale, son mécanisme serait simplifié d'autant, s'il n'y avait pas lieu de provoquer l'inscription dont cette garantie est dispensée.

Cette procédure nous vient de l'édit de 1771 ; le système de la purge introduit par la loi du 11 brumaire

(1) Chiffres extraits du discours de M. Léon Clément, au Sénat, lors de la discussion de la loi du 13 février 1889.

an VII qui se retrouve dans notre Code civil pour les hypothèques conventionnelles, ne pouvait être appliquée, il a fallu remonter au temps des hypothèques occultes pour emprunter à l'édit de 1771 les dispositions qui présidaient à un régime sur lequel le Code civil ne semble pas avoir réalisé de progrès sensibles.

Voici, en effet, quelles sont les nombreuses formalités à accomplir pour procéder à la purge.

Après avoir transcrit son titre, l'acquéreur doit successivement :

1^o Déposer au greffe une copie dûment collationnée du contrat translatif de propriété ;

2^o Opérer la certification de ce dépôt par acte signifié tant à la femme (1), qu'au Procureur de la République ou, lorsque l'acquéreur ignore l'existence de la femme mais la soupçonne et redoute la charge de l'hypothèque légale, il doit ajouter dans la signification au Procureur de la République la déclaration qu'il fera publier cette signification, faute de pouvoir faire une notification individuelle dans les formes prescrites par l'art. 683 du Code de procédure civile, et faire cette publication par la voie des journaux ;

3^o Laisser affiché pendant deux mois dans l'auditoire du tribunal un extrait de l'acte de vente.

L'accomplissement de ces formalités sert de point de

(1) La loi ne spécifiant pas qu'elle doit être faite à la personne, cette notification peut être faite au domicile conjugal. On verra plus loin quels inconvénients il peut en résulter.

départ à un délai de deux mois, pendant lequel la femme peut valablement faire inscrire son hypothèque. C'est une sorte de mise en demeure pour elle.

Si elle ne requiert point l'inscription avant l'expiration de ce délai, l'immeuble est purgé. Dans ce cas, l'inconvénient de la législation actuelle est d'astreindre l'acquéreur à toutes ces formalités coûteuses et longues qui auront été accomplies sans amener le résultat recherché en premier lieu.

Si la femme requiert inscription de son hypothèque, l'acquéreur ne peut faire aucun paiement, au préjudice de cette inscription, et il se trouve ainsi forcé de garder son prix jusqu'à nouvel ordre ou de le consigner.

Dans ce cas encore, où la loi pouvait atteindre le but poursuivi, l'inconvénient consiste dans l'obligation pour l'acquéreur de recourir à cette procédure dispendieuse pour arriver à connaître un droit qui, en raison de son importance, semblerait devoir être rendu public.

Il a suffi d'énumérer toutes ces formalités pour apprécier combien ces complications sont préjudiciables à tous. Nous verrons d'ailleurs, plus loin, qu'elles peuvent être inutiles ou inefficaces.

Si l'inscription de l'hypothèque légale de la femme était obligatoire, et si son droit hypothécaire était évalué, quelle simplification pour en purger les biens sur lesquels elle porterait, et quelle facilité apportée aux transactions immobilières.

Une amélioration a été apportée par le décret du 28 février 1852, autorisant l'institution de sociétés de crédit foncier, qui a admis à la faculté de purger l'hypothèque légale de la femme ces sociétés qui sont de véritables prêteurs de deniers, alors que le Code civil avait réservé cette faculté aux seuls tiers acquéreurs et donataires. Ce décret, décidant que le Crédit Foncier ne pouvait prêter que sur hypothèque, ordonnait dans son art. 8 que tout prêt fût précédé de la purge. Dans un but de rapidité, la loi du 10 juin 1853 l'a modifié en rendant cette purge facultative, et dans les cas où elle a lieu, elle en simplifie les rouages tant lorsque l'hypothèque est connue que lorsqu'elle est inconnue.

Quand elle est connue, c'est-à-dire quand l'existence en est révélée à la société par un mode quelconque, « indépendamment de toute inscription », il suffit, d'après l'art. 19, que la notification d'un extrait de l'acte constitutif de l'hypothèque au profit de la société soit faite à la personne de la femme (1) et au mari, avec avertissement que pour conserver vis-à-vis de la société le rang de l'hypothèque légale, il est nécessaire de la faire inscrire dans les quinze jours à partir de la signification, outre les délais de distance calculés d'après les termes de l'art. 1033 du Code de procédure civile.

(1) A moins que celle-ci, sous quelque régime qu'elle soit mariée, ait été présente au contrat de prêt ou avertie par le notaire que pour conserver son hypothèque elle doit la faire inscrire dans les quinze jours à dater de la signification, outre les délais de distance : dans ce dernier cas la signification à domicile suffit.

Si elle est inconnue, c'est-à-dire si son existence n'est pas parvenue à la connaissance de la société de crédit foncier, l'art. 24 exige seulement que l'extrait de l'acte constitutif d'hypothèque soit notifié au Procureur de la République près le tribunal de l'arrondissement dans lequel est situé l'immeuble, et ordonne que cet extrait soit inséré dans l'un des journaux désignés pour l'insertion des annonces judiciaires dans ce même arrondissement. La purge est opérée par le défaut d'inscription dans les quarante jours de cette insertion, mais seulement au profit de la société de crédit foncier qui obtient par là la priorité sur l'hypothèque légale. Celle-ci continue de subsister à l'égard de tous autres ; les tiers ne peuvent pas profiter de cette purge, ils demeurent assujettis pour l'opérer à leur profit aux dispositions des art. 2193 et suiv. du Code civil.

Cette amélioration, apportée par la loi du 10 juin 1853, restant toute spéciale aux sociétés de crédit foncier, son champ d'application est donc assez restreint. Si sensible que soit le progrès qu'elle consacre, il ne faut pas se borner à demander l'extension de ses dispositions au droit commun, il paraît préférable d'espérer une réforme plus complète, soumettant l'hypothèque légale de la femme à l'inscription, afin de n'avoir pas à recourir pour la faire apparaître à des formalités moins lentes, il est vrai, que celles du Code, mais toujours gênantes pour les transactions.

Avant d'ouvrir cette parenthèse concernant le pro-

grès réalisé par la loi de 1853, relativement à une situation toute particulière, en exposant les inconvénients du système de la purge actuelle de l'hypothèque légale de la femme, nous en étions arrivés à distinguer les deux hypothèses qui peuvent se présenter après l'accomplissement de la triple formalité organisée par l'art. 2194.

Première hypothèse. — La femme n'a pas pris inscription :

L'art. 2195, § 1, dit que « *L'immeuble vendu passe à l'acquéreur sans aucune charge à raison des dots, reprises et conventions matrimoniales de la femme, et sauf recours, s'il y a lieu, contre le mari* ». L'immeuble est donc affranchi de l'hypothèque, du moins en ce qui concerne le droit de suite. Mais on s'est demandé si la femme, mise en demeure de s'inscrire et ne le faisant pas, était complètement déchue, et si le droit de préférence ne survivait pas au droit de suite. Cette question, après avoir été l'objet d'une longue et vive controverse, ayant été tranchée dans le sens de l'affirmative par la loi du 21 mai 1858, modifiant le Code de procédure civile, la situation de la femme est favorisée aux dépens de la rapidité du règlement définitif. Lorsque les moyens complexes organisés par la loi n'ont pas réussi à révéler l'hypothèque, les caractères distinctifs de ce droit hypothécaire apportent de nouveaux obstacles par la survivance du droit de préférence, difficultés que nous aurons à signaler à propos de la procédure d'ordres.

Si les motifs de la décision qui a proclamé la survie du droit de préférence sont très raisonnables, il n'en est pas moins certain que la dispense d'inscription dont bénéficie l'hypothèque légale peut être encore à ce point de vue l'objet de sérieuses critiques qui ne pourraient être adressées à un régime de publicité absolue.

Deuxième hypothèse. — La femme a pris inscription :

Il apparaît, dans ce cas, que les précautions du Code n'ont pas été inutiles, puisqu'elles ont amené le résultat en vue duquel elles ont été organisées. Mais, s'il y a lieu de s'en féliciter, il saute de suite à l'esprit que l'obligation imposée de faire inscrire toute hypothèque légale eût dispensé d'y recourir. Que cette inscription ait été prise à la suite des formalités de l'art. 2194, ou qu'elle soit antérieure à ces événements, il semble que la réforme qu'on veut introduire ne réalisera pas d'améliorations sensibles, puisque ce sera là l'hypothèse qui se présentera et à laquelle il faudra faire face désormais. Cependant n'oublions pas qu'il n'y aura pas lieu dans tous les cas de recourir à la purge, car il n'y aura que certains immeubles du mari qui seront grevés. De plus, s'il ne doit y avoir rien de changé au point de vue de la publicité, l'introduction de la spécialité fera disparaître les inconvénients d'une autre nature qu'entraîne la généralité dans la procédure d'ordres.

§ 2. — Difficultés dans la procédure d'ordres.

Les inconvénients du régime actuel, au point de vue des ordres, dérivent les uns de la clandestinité de l'hypothèque légale de la femme, les autres de sa généralité.

Les premiers consistent, ainsi que nous l'avons vu au paragraphe précédent, en ce que, même lorsque les diligences faites pour amener la femme ou ceux qui ont qualité pour le faire à inscrire son hypothèque n'ont pas entraîné ce résultat, la survie du droit de préférence permet de l'exercer même après l'ouverture de l'ordre et tant que celui-ci n'est pas clos ; d'où les retards possibles et une incertitude fâcheuse pour tous les intéressés. En effet, les art. 717, 751, 752 et 772 du Code de procédure civile qui règlent cette matière, distinguant entre l'ordre amiable et l'ordre judiciaire, admettent que, dans le premier, la production de la femme, comme d'ailleurs de tout autre créancier à hypothèque légale peut avoir lieu jusqu'à la clôture, c'est-à-dire jusqu'à ce que le juge ait rédigé le procès-verbal qui règle la distribution du prix. Il n'y a que dans le cas d'un ordre judiciaire qu'un délai soit imparti ; la production doit avoir lieu dans les quarante jours qui suivent la sommation faite aux créanciers inscrits de produire. Ce n'est que passé ce délai que la femme subit une déchéance qui consiste, d'ailleurs, uniquement dans l'exclusion de l'ordre, dont profitent seuls les créanciers

produisants ; la masse chirographaire n'est pas admise à s'en prévaloir contre la femme qui lui est toujours préférée.

Il est vrai que l'art. 772 met à l'exercice du droit de préférence, lorsqu'il s'agit d'une aliénation volontaire, cette condition que l'ordre soit ouvert dans les trois mois qui suivent l'expiration du délai de deux mois accordé par l'art. 2195 aux créanciers à hypothèque légale. En effet, dans ce cas, l'ordre n'est souvent provoqué que très longtemps après la purge. Si, en elle-même, la survie de droit, de préférence paraît assez équitable, elle n'en produit pas moins, malgré les délais qui lui sont impartis, des conséquences regrettables par les lenteurs qu'elle engendre : toutes ces difficultés ont leur origine commune dans la dispense d'inscription.

Les inconvénients résultant de la généralité de l'hypothèque légale de la femme dans la procédure d'ordres sont encore plus sensibles.

En effet, s'il n'y a pas eu restriction ou réduction, et sous le régime actuel, ces premières opérations sont extrêmement rares, subrogation ou renonciation à l'hypothèque légale, la femme peut demander sa collocation sur un immeuble quelconque du mari, même sur l'un de ceux acquis depuis la dissolution du mariage, s'il existe quelque droit non épuisé à son profit. La présence simultanée de la femme, créancier hypothécaire pour une somme indéterminée, et d'autres créanciers hypothécaires spéciaux, soulève de suite un conflit

entre les droits de ces deux catégories de créanciers ; car, il est hors de doute que la femme, par une conséquence directe du principe de l'indivisibilité de l'hypothèque, ne puisse exercer la totalité de son droit sur un immeuble quelconque, sans qu'il soit possible pour les créanciers spéciaux de la contraindre à agir autrement, par exemple à diviser sa créance ; ils sont à sa merci ; et elle peut, quand ses droits sont déterminés et que le prix d'un seul immeuble suffit à la désintéresser, par une demande en collocation sur cet immeuble, réduire à néant la garantie qu'un créancier spécial s'était fait accorder sur ce bien et favoriser, au contraire, tel autre créancier également spécial dont le droit s'étend sur d'autres immeubles.

Certains biens peuvent être ainsi exonérés de l'hypothèque générale de la femme, dont toute la charge retombe sur un seul. N'est-il pas choquant que le choix soit prémédité, soit irréfléchi, de la femme puisse amener un résultat aussi blessant pour l'équité ?

On a cherché à éviter cette injustice, mais l'on est tombé dans d'autres difficultés. De sorte qu'en présence des résultats peu équitables auxquels on a abouti notamment en appliquant la subrogation, soit légale, soit conventionnelle, la plupart des auteurs sont arrivés à cette conclusion formulée par Troplong dans les termes suivants : « Les prêteurs qui veulent éviter le concours toujours difficile à concilier de l'hypothèque générale avec l'hypothèque spéciale doivent ne prêter

au mari qu'en obtenant la réduction de l'hypothèque de la femme, et en faisant libérer l'immeuble qu'on veut leur affecter. »

Mais cette réduction, longue et coûteuse à réaliser par suite des formalités prescrites par les art. 2143 et suivants, pourra d'ailleurs être refusée, lorsqu'il s'agira précisément d'y consentir pour permettre au mari de contracter des emprunts hypothécaires ; il y aura là, en effet, l'indication d'une situation pécuniaire embarrassée peu faite pour inspirer confiance à la femme.

Du moment où il n'y a aucun moyen ni juridique ni pratique de trancher ces difficultés, pour sortir d'embarras, il faut nécessairement en supprimer la cause ; le seul remède sera la spécialisation de l'hypothèque légale.

Bien que, lorsqu'il est établi qu'en demandant à être colloquée sur tel immeuble plutôt que sur tel autre, la femme a agi par malice et sans cause (1), l'on admette, nonobstant le principe de l'indivisibilité de l'hypothèque, que la femme est déchue de son droit de choisir l'immeuble sur lequel elle entend de préférence obtenir sa collocation, il n'y en a pas moins, dans la majorité des cas, impossibilité presque complète de résoudre équitablement le conflit de l'hypothèque générale et de l'hypothèque spéciale. Suivant quelles bases peut-

(1) Arrêt de la Cour de Bourges, 30 avril 1853 ; Dalloz, 1854, II, p. 52.

on opérer ? Comment diviser la collocation de la créance de la femme, ou mieux sur quels immeubles la faire porter ? Les plus grandes incertitudes se sont élevées sur cette matière et ont abouti à deux principaux systèmes qui ne sont ni l'un ni l'autre à l'abri de graves critiques.

Suivant l'opinion d'Aubry et Rau (t. III, § 284), défendue également par Grenier (I, n° 180), Troplong (t. III, n° 760) et sanctionnée par des décisions de jurisprudence (Cass., 5 août 1847 ; Dalloz, 1847, I, p. 304), la collocation de la créance de la femme comme celle de tout autre créancier à hypothèque générale, peut et doit être faite de manière que les créanciers postérieurs les plus anciens soient payés de préférence aux créanciers les plus récents. On doit donc attribuer à la femme le prix de l'immeuble sur lequel inscription d'hypothèque a été prise à la date la plus récente, remontant successivement, en cas d'insuffisance de ce prix, jusqu'aux immeubles les plus anciennement hypothéqués.

Dans la seconde opinion, au contraire, il faut faire supporter la charge de l'hypothèque générale antérieure en rang par tous les immeubles grevés d'hypothèques spéciales postérieures, sans avoir égard aux dates respectives d'inscriptions et au prorata de la valeur comparative de ces immeubles. Ce système soutenu par Tarrible (V. *Transcriptions*, § 6 ; Duranton, t. XIX, n° 391 ; Pont, n° 345 ; Mourlon, *Des subrogations*, p. 117 ; Colmet de Santerre, t. IX, p. 194), a pour lui de nom-

breuses décisions de jurisprudence (Cass., arrêt de rejet, 26 décembre 1853, Sirey, 1854, t. 9, p. 84), et paraît l'emporter définitivement.

Sans examiner les fondements de chacune de ces opinions, nous pouvons constater que les solutions à peine satisfaisantes auxquelles elles aboutissent, le second en particulier, constituent de simples expédients reposant sur l'équité, mais laissant place au doute et à l'arbitraire, puisque le juge en les appliquant déroge aux principes et ne décide que suivant les circonstances de la cause. Ce n'est pas un des moindres inconvénients de l'hypothèque légale de la femme de faire naître entre elle et les hypothèques spéciales un conflit que la législation actuelle est impuissante à régler d'une manière sûre, et qui ne pourra jamais recevoir une solution satisfaisante tant qu'elle présentera ce caractère de généralité.

Mais d'autres inconvénients sont à signaler, tenant à ce même caractère de généralité, non plus quant à l'assiette de l'hypothèque, mais quant au montant actuel et indéterminé de la créance. L'acquéreur et le tiers détenteur qui ont essayé de purger, ne pouvant éteindre par aucun paiement la créance de la femme, puisque l'on ne sait pas à quel chiffre elle s'élève, ni les autres créances postérieures en date, qui sont primées par l'hypothèque légale, vont-ils être obligés de garder leur prix jusqu'à la liquidation, peut-être très éloignée, des droits matrimoniaux? Comment arriveront-ils à la libération que doit leur procurer la purge?

La question se complique d'autant plus que les droits et créances de la femme sont multiples et ne sont pas garantis par une hypothèque remontant invariablement à la date du mariage ; cette hypothèque peut donner lieu à diverses collocations spéciales et déterminées, qui seront faites à des dates différentes et enchevêtrées au milieu de collocations spéciales et déterminées, et qu'enfin la femme ne peut pas limiter sa production à ses droits actuels, mais exiger une collocation, à raison de l'éventualité de droits nouveaux, qui pourraient prendre consistance dans l'avenir.

Ainsi, nonobstant la séparation de biens, même après que la liquidation aura fait connaître le montant des droits de la femme, si le mari a continué à jouir des biens, il peut en résulter, à sa charge, certaines obligations garanties par l'hypothèque légale.

Deux cas peuvent se présenter :

1° La femme produit pour des droits *actuels* déterminés ou indéterminés.

Dans la première hypothèse, *droits déterminés*, tous les éléments de la créance étant connus, il n'y a pas de difficulté pour la collocation, elle est définitive. Si la femme est séparée de biens, elle peut toucher le montant de la créance. Mais si elle n'est pas séparée de biens, elle ne peut toucher le montant de sa dot, et le mari ne peut pas non plus encaisser cette somme, qui tomberait dans la communauté et pourrait être dissipée. L'acquéreur doit donc garder son prix. Mais, comme

il ne saurait y être obligé ; qu'il est de principe que tout acquéreur peut affranchir son immeuble des hypothèques qui grèvent, moyennant certaines formalités ; qu'il ne peut être forcé de conserver longtemps une somme importante et courir les risques que comporte cette conservation de fonds entre ses mains, il a un moyen de se libérer, c'est de consigner. De la sorte, les droits de l'acquéreur et ceux de la femme sont sauvegardés.

Dans la seconde hypothèse, lorsque les droits de la femme sont *indéterminés* quant à leur quantum, il est certain que la femme doit obtenir collocation à son rang. Quelle en sera la conséquence ? Faute de pouvoir payer une somme connue, l'acquéreur, comme dans le cas précédent, devra garder son prix par devers lui ou le consigner. Là encore, les droits de l'acquéreur et ceux de la femme sont sauvegardés, mais l'intérêt des créanciers postérieurs est entièrement sacrifié, puisqu'ils se voient obligés d'attendre, peut-être très longtemps, leur collocation ; l'effet de l'hypothèque qu'ils ont obtenue est bien amoindri, puisque celle-ci ne peut leur procurer un paiement immédiat. La présence de l'hypothèque légale de la femme vient jeter un trouble très grave dans les prévisions des parties et bouleverse, à leur égard, les effets de la garantie hypothécaire. Ces personnes ont peut-être grand besoin de rentrer dans leurs déboursés et le prix de l'immeuble, au lieu de les désintéresser, demeure inutilisé à la caisse des consi-

gnations. Et pourquoi ? Pour garantir des créances qui n'existeront peut-être jamais, car il est possible qu'à la liquidation de la communauté, les droits de la femme soient pleinement recouvrés par elle, sans qu'il soit nécessaire de recourir à l'exercice du droit hypothécaire.

Ce résultat, trop choquant, a déjà attiré l'attention du législateur et, lors de la discussion de la loi du 21 mai 1858, il fut proposé par M. Riché, au nom de la commission chargée d'examiner le projet de modification des art. 697, 719, 749 et 779 du Code de procédure civile, de faire évaluer par le juge le montant de la créance encore indéterminée et de faire attribuer la somme, soit à la femme à charge de rendre l'excédent de l'évaluation d'après la liquidation, soit aux créanciers postérieurs, à charge de rendre l'excédent de la liquidation sur l'évaluation. Mais le Conseil d'Etat rejeta cet amendement, laissant à la pratique les avantages de la liberté, mais les inconvénients de l'incertitude. On doit donc recourir, pour concilier les intérêts de la femme avec ceux des créanciers postérieurs, à une autre combinaison qui n'est d'ailleurs pas nouvelle dans notre droit : déjà Pothier (1) l'avait admise pour les créances conditionnelles. Elle consiste dans la distribution provisoire du prix aux créanciers, moyennant la prestation par eux d'un gage hypothécaire suffisant pour en garan-

(1) Coutume d'Orléans, XXI, n° 139.

tir la restitution, si elle devenait nécessaire. Cette solution adoptée par les meilleurs auteurs (Aubry et Rau, t. III, p. 415 ; Pont, n° 1426 ; Grenier, t. I, p. 271), sanctionnée par de nombreux arrêts de jurisprudence (Cass., 9 janvier 1855 ; Alger, 12 mai 1880), n'apporte qu'un remède insuffisant aux déplorables conséquences de la généralité de l'hypothèque légale de la femme. D'abord, quelquefois les créanciers peuvent, soit refuser de donner cette garantie, soit être dans l'impossibilité de le faire, et alors on se trouve encore acculé à la consignation. Si, cependant, l'on a recours à cette solution provisoire, ne comporte-t-elle pas elle-même de graves inconvénients ? Les créanciers sont gênés pour employer une somme qu'ils ne sont pas assurés de conserver, ils hésitent à en faire un emploi définitif, en présence de l'incertitude où ils se trouvent. A quel singulier résultat arrive-t-on enfin ? Obliger un créancier hypothécaire de constituer une hypothèque sur ses propres biens, pour obtenir la réalisation de son propre gage ?

2° La femme produit pour des *droits éventuels* :

Ces inconvénients se retrouvent dans cette dernière hypothèse où il s'agit des droits incertains, quant à leur existence et quant à leur quotité, si l'on admet que la femme puisse obtenir une collocation de ce chef.

Il s'agit de créances que la femme peut avoir dans l'avenir contre son mari, par suite de successions à elle échues ou de donations à elle faites, de créances résultant à son profit, d'obligations contractées et acquit-

tées dans l'intérêt du mari ou d'abus d'administration commis par lui, etc..... Le bien fondé de cette collocation est très discuté à l'heure actuelle. Beaucoup d'auteurs et la jurisprudence n'admettent pas que l'hypothèque légale de la femme rende tout le prix d'un immeuble indisponible, en l'affectant par avance à la garantie de droits purement éventuels, et font remarquer qu'en autorisant la femme à produire dans ces conditions, c'est mettre le mari dans l'impossibilité de toucher la moindre portion du prix de vente d'un de ses biens, c'est arriver, au cours du mariage, à une sorte d'inaliénabilité qui n'est pas dans l'esprit de la loi.

Cependant, ne peut-on pas prétendre que si la femme n'a pas de droits actuels, on doit lui reconnaître la faculté de prendre des mesures conservatoires pour ses droits éventuels ?

Sans entrer dans la discussion de cette controverse, il suffit d'en signaler l'importance et de constater que ce n'est pas un des moindres inconvénients du régime actuel que de faire naître et laisser sans solution ferme une difficulté aussi considérable. Non moins embarrassante la question de savoir si la femme peut être colloquée sur un conquêt, lorsque l'aliénation en a lieu pendant la durée de la communauté, puisqu'on discute même sur le point de savoir si l'hypothèque légale frappe l'immeuble dont le prix est en distribution. En admettant l'affirmative, comme c'est l'opinion générale, on ne peut arriver à cet égard qu'à une solution provi-

soire qui tient en suspens les droits hypothécaires en cause. A l'occasion de cette dernière hypothèse, il y a lieu de relever l'*inelegantia juris* à laquelle on arrive, lorsqu'au lieu d'être la femme elle-même qui se présente, ce sont des créanciers qui ont été subrogés à son hypothèque légale ; la femme elle-même ne peut obtenir qu'une collocation provisoire, lorsqu'un ordre est ouvert, au cours du mariage, pour la distribution du prix d'un conquêt, les créanciers subrogés sont, au contraire, admis à titre définitif. En les subrogeant, la femme leur a transmis plus de droits qu'elle n'en avait.....

En résumé, au deuxième point de vue auquel nous nous sommes placé, l'hypothèque légale de la femme, telle qu'elle existe aujourd'hui, par son défaut de publicité, entraîne pour l'acquéreur la nécessité d'une double procédure de purge, source de frais considérables, et, par la nature et l'étendue des créances garanties, elle rend impossible pour certains créanciers la réalisation de leur gage hypothécaire et tient longtemps en suspens et incertaine une situation qu'il serait urgent de régler sans retard. La généralité de l'hypothèque légale de la femme jette un trouble profond dans le fonctionnement de notre régime hypothécaire.

III. — Inefficacité de la protection que l'hypothèque légale, avec ses caractères actuels, donne à la femme mariée.

L'hypothèque légale de la femme, par son attribut même de généralité, présente ce danger que la femme, sollicitée d'intervenir pour sauvegarder le crédit du mari, anéanti par cette lourde charge, est amenée à se prêter trop facilement à toutes les concessions qui constituent, en réalité, autant de diminutions de sa garantie. Elle sait qu'elle ne se dépouille pas définitivement, elle compte toujours sur l'étendue du droit hypothécaire que la loi lui accorde ; aussi elle ne refuse, pour ainsi dire, jamais son intercession dont elle n'est pas à même de mesurer la portée. Si son droit était localisé et déterminé, elle connaîtrait l'exacte proportion dans laquelle elle l'abandonne, elle pourrait se rendre compte du péril que sa complaisance fait encourir à ses intérêts, et, calculant la portée véritable de son sacrifice, elle réfléchirait mieux à ses conséquences avant d'y consentir, et ne s'engagerait qu'à bon escient.

La facilité avec laquelle, aujourd'hui, la femme cède son hypothèque ou y renonce, et la nécessité dans laquelle elle se trouve de le faire, à chaque instant, sous peine de ruiner tout crédit à son mari, est pour elle pleine de dangers. De même que l'obligation pour le mari de recourir à tout moment à l'intervention (pour ne pas dire l'autorisation) de sa femme, regrettable

au point de vue des principes réglant l'autorité maritale, est fort gênante pour lui ; de même, aussi, elle est périlleuse pour la femme qui, en raison des concessions successives qu'elle fait, ne peut jamais savoir où elle en est ; l'étendue de ses droits futurs étant indéterminée, elle reste dans l'ignorance de sa situation exacte vis-à-vis du patrimoine de son mari.

Cette imperfection de l'hypothèque légale tient à son caractère de généralité : il en est un autre qui dérive de son caractère de clandestinité. La dispense d'inscription fait courir à la femme un grave péril, en cas d'aliénation volontaire ou forcée d'un bien du mari formant son gage, lorsque ces aliénations ont lieu à son insu.

Nous venons de voir que la loi a bien pris un ensemble de mesures de publicité, pour mettre la femme au courant de la situation et provoquer l'inscription de son hypothèque, mais ces avertissements peuvent ne pas atteindre leur but, et la purge de son hypothèque peut être opérée, sans qu'elle s'en doute : sa garantie peut être éteinte avant d'être apparue. En effet, lorsqu'il s'agit d'une vente volontaire, l'acquéreur, qui veut purger l'hypothèque légale, est tenu d'accomplir un certain nombre de formalités que nous avons déjà énumérées, en en faisant ressortir la complication, la lenteur et le caractère onéreux. Il faut en signaler maintenant l'inefficacité. On va voir que la femme, restant étrangère à l'aliénation consentie par son mari, peut ignorer la

purge qu'effectue l'acquéreur. En effet, quels moyens la loi emploie-t-elle pour la porter à sa connaissance ?

Après la transcription de l'acte et le dépôt au greffe d'une copie dûment collationnée du contrat, l'acquéreur doit signifier ce dépôt tant à la femme qu'au Procureur de la République. Ces significations atteignent rarement leur but : pour celle faite au Procureur de la République, bien que ce magistrat soit chargé par la loi de faire opérer l'inscription, il est de règle en pratique, dans les parquets, de ne point remplir cette obligation d'ailleurs dépourvue de sanction. Et c'est le moment de noter en passant, qu'à l'origine, les procureurs impériaux ayant généralement déferé à ce désir de la loi, une circulaire du 15 septembre 1806 prescrivit d'user de cette faculté avec la plus grande réserve, en raison des complications qu'avait entraînées la stricte observation du Code civil, de sorte qu'aujourd'hui ses dispositions, à ce sujet, sont lettre morte.

Pour la femme, cette signification lui est faite au domicile conjugal, il y a donc peu de chances qu'elle lui parvienne ; car, bien qu'il y ait opposition d'intérêts entre le mari et la femme, aucun texte ne décide que cette notification doive être remise à la femme personnellement et l'on suit, dans ce cas, le principe d'après lequel les significations faites au domicile ont la même valeur que les significations faites à la personne (art. 68 du Code de procédure civile). Si donc le mari lui a laissé ignorer, à dessein, l'aliénation qu'il a con-

sentie, il lui sera facile de dissimuler la réception de cet acte extra-judiciaire. Mais, ces deux formalités qui, au besoin, pourraient aboutir au but recherché par la loi, peuvent être remplacées par une autre, qui a des chances de succès bien plus problématiques. Cependant, il existe des cas dans lesquels il y a obligation d'y recourir, c'est lorsque l'acquéreur, soupçonnant ou redoutant quelque hypothèque légale, ignore l'existence de la femme et son domicile. Dans les premiers temps qui suivirent la promulgation du Code, on se contentait de la signification adressée au Procureur Impérial, mais comme cette mesure était très insuffisante, on a cherché un autre moyen d'avertir la femme. Quand l'acquéreur ne sait pas où adresser la signification qu'il doit faire à la femme, d'après les avis du Conseil d'Etat des 9 mai-1^{er} juin 1807, il est obligé de faire insérer une notification dans des journaux désignés pour l'insertion des annonces judiciaires. On pense bien que cette publicité ne saurait être efficace; s'adressant à tout le monde, elle ne parvient à personne, ou du moins ne peut toucher l'intéressée que par l'effet du pur hasard. Ce n'est, également, que par l'effet du hasard que la femme peut être informée de l'aliénation d'un bien de son mari par la troisième formalité que doit accomplir l'acquéreur : l'affichage d'un extrait du contrat d'acquisition pendant deux mois dans l'auditoire du tribunal.

Donc, malgré l'abondance des précautions prises par

la loi, il y a bien des probabilités, pour que la femme, comptant sur la garantie occulte que la loi lui accorde, ne soit point informée du danger qui la menace ; en effet, au bout de deux mois elle encourt la déchéance qu'entraîne la purge, c'est-à-dire la perte du droit de suite et, si son ignorance se prolonge, le droit de préférence subsistant ne tarde pas à devenir lui aussi inutile dès que le prix aura été payé.

Dans les adjudications sur saisie, l'effet de la transcription du jugement d'adjudication est de purger toutes les hypothèques légales depuis la loi du 21 mai 1858, c'est-à-dire de faire disparaître tout droit de suite sur l'immeuble, vis-à-vis de tout créancier hypothécaire, pour y substituer un droit qui n'affecte plus que le prix. Si la femme, qui se repose avec confiance sur la dispense dont elle jouit, n'a pas fait à l'avance inscrire son hypothèque, elle risque, là encore, d'en perdre le bénéfice, faute d'être informée de l'ouverture de l'ordre auquel il va être procédé. Les moyens d'information sont les mêmes que dans l'hypothèse précédente, et malgré leur multiplicité, les résultats qu'on peut en attendre sont soumis à la même incertitude. Les conséquences, dans ce cas, sont encore plus fâcheuses pour la femme : outre que la saisie indique l'état de déconfiture pour le mari et l'improbabilité du recouvrement de ses droits matrimoniaux, la loi subordonne à deux conditions la conservation du droit de préférence, quand le droit de suite est perdu, faute d'inscription dans le délai légal :

la première, c'est qu'un ordre soit ouvert dans les trois mois qui suivent l'expiration du délai de la purge ; la seconde, c'est que la femme produise à cet ordre dans le délai fixé par l'art. 754 du Code de procédure civile, si l'ordre est judiciaire, ou avant la clôture si l'ordre est amiable (nouvel art. 772, al. 5 du Code de procédure civile).

En définitive, qu'il s'agisse d'une vente volontaire ou d'une adjudication forcée, malgré les précautions de la loi, si gênantes à un autre point de vue, il peut arriver qu'après le paiement du prix, la clôture de l'ordre ou un certain délai, la femme perde tout le bénéfice de son hypothèque légale pour ne l'avoir pas fait inscrire, à cause de la dispense dont elle jouit à ce sujet. Ainsi, c'est en raison même des faveurs exagérées qui entourent l'hypothèque légale de la femme, que cette protection peut devenir précaire et même complètement inefficace.

IV. — Difficultés de modifier les caractères actuels de l'hypothèque légale en recourant aux conventions que la loi organise à cet effet.

Les partisans du système hypothécaire en vigueur peuvent alléguer que le législateur, ayant conscience des inconvénients que devait entraîner le régime exceptionnel de l'hypothèque légale de la femme, a mis le remède à côté du mal, en autorisant l'usage des conven-

tions qui permettent d'échapper à ces inconvénients. D'abord, il a manifesté avec insistance son vœu de voir inscrire l'hypothèque légale de la femme et il a chargé plusieurs personnes de le faire, puis, pour augmenter le crédit du mari et faciliter les transactions, il a permis d'exonérer de cette charge une partie des biens du mari en recourant à la restriction et à la réduction.

Nous n'irons pas jusqu'à dire que le remède est pire que le mal, mais, l'on peut affirmer, sans être taxé d'exagération, qu'il en est tout comme s'il n'existait pas, à cause des difficultés dont la loi entoure ces sortes d'opérations.

En ce qui concerne l'inscription, le vœu de la loi est purement platonique : beaucoup de personnes en sont chargées ou sont invitées à l'opérer, trop peut-être en ont la faculté pour qu'aucune n'en use ; il vaudrait mieux qu'il n'y en ait qu'une, mais que cette obligation fût accompagnée d'une sanction, afin qu'elle ne restât pas lettre morte. En pratique, il n'est donné aucune suite au désir du législateur sur ce point ; du moment où l'hypothèque produit ses effets, indépendamment de cette formalité, on ne se préoccupe pas de la remplir.

Pour la spécialisation, il n'y a qu'à exposer brièvement les règles auxquelles elle est soumise, pour se rendre compte des difficultés qu'elle entraîne et s'expliquer que, dans la réalité des choses, personne n'y ait jamais recours.

Elle peut être effectuée soit au moyen de la restriction soit au moyen de la réduction.

Restriction. — La restriction est une convention faite avant que la société conjugale ait commencé à fonctionner. — Les conditions qui y sont mises sont, à vrai dire, assez faciles à réaliser.

La restriction doit avoir lieu dans le contrat de mariage. Comme la renonciation absolue à toute hypothèque est interdite à la femme, la loi ne fixant pas les limites dans lesquelles elle peut être convenue, il semblerait que les parties eussent toute latitude pour cela. Cependant, il peut régner une certaine incertitude sur le sort de cette convention, s'il n'est pas fait une exacte appréciation des droits de la femme ; en effet, l'on n'admet pas que l'hypothèque de celle-ci puisse être réduite par exemple, à un immeuble d'une valeur insignifiante, alors que ses reprises s'élèvent à une somme importante. Il appartient donc au juge de décider si la restriction, dans certains cas, ne constitue pas une fraude à la loi, et ne doit pas être annulée, de sorte que la femme rentre dans la plénitude de son droit hypothécaire. Mais, en dehors de ce léger inconvénient tout spécial à des hypothèses particulières, un des principaux obstacles à sa réalisation c'est qu'elle ne peut intervenir qu'entre des parties majeures. L'on s'accorde, cependant, à reconnaître qu'il est seulement nécessaire que la femme soit majeure ; en effet, l'exiger pour le mari serait une exagération de la lettre de la loi aux dé-

pens de son esprit : qu'importe que le mari soit majeur ou mineur, puisque cette restriction, loin de lui causer un préjudice, lui procure au contraire le précieux avantage de ne pas grever la totalité de ses immeubles et qu'il est de principe que le mineur a toute capacité de rendre sa position meilleure. Malgré le texte formel de l'art. 2140, on applique l'expression « *parties majeures* » à la femme seulement et on n'étend qu'à elle cette disposition qui consacre une exception importante aux art. 1309 et 1398 du Code civil. Du moins, l'unanimité des décisions de jurisprudence est en ce sens.

A part cette condition de majorité, la restriction de l'hypothèque légale de la femme dans le contrat de mariage, qu'elle intervienne par voie de spécialisation ou par voie de dégrèvement, est une opération assez facile à réaliser. Cependant, malgré les avantages qu'elle présente, l'usage en est extrêmement rare et il est permis de croire qu'il ne passera dans les habitudes et dans les mœurs que lorsque la loi aura subordonné les effets de l'hypothèque légale de la femme à une détermination préalable de son assiette et de son étendue.

Réduction. — Si les parties ne pensent pas à recourir au moyen précédent lors du contrat de mariage, et malheureusement, la pratique ne le connaît guère, il ne leur est plus aussi facile de se procurer, dans la suite, les avantages qu'il comporte.

Le mode de la réduction est si complexe, les formalités et les conditions à remplir sont si nombreuses qu'il

ne saurait être d'un usage fréquent susceptible d'offrir un moyen commode d'éviter les inconvénients du régime actuel.

Il ne faut pas réunir moins de cinq conditions pour y procéder valablement (art. 2144 et 2145).

Première condition. — Il faut que l'hypothèque n'ait pas déjà été restreinte dans le contrat de mariage, ainsi que cela résulte du mot « *pareillement* » qui renvoie à une disposition formelle en ce sens, relative à l'hypothèque légale du mineur. D'ailleurs, si l'hypothèque légale de la femme a déjà été restreinte, elle participe, désormais, de l'hypothèque conventionnelle, sinon par sa création, du moins par son objet et ses effets ; elle doit donc être soumise à la disposition de l'art. 2161 qui ne permet pas d'appliquer aux hypothèques conventionnelles l'action en réduction (1).

Deuxième condition. — Il faut que la femme y consente, et, d'après l'opinion générale admise par analogie, elle doit être majeure. En effet, comment concevoir qu'on exige cette condition, lorsqu'elle fait un acte équivalent avant le mariage, à une époque où libre et indépendante elle est entourée des avis de ses proches et qu'elle ne soit plus nécessaire dès le lendemain du mariage, alors que la femme est sous la seule influence de son mari.

Troisième condition. — Il faut prendre l'avis des qua-

(1) Pont, *Privilèges et hypothèques*, I, n° 556.

tre plus proches parents de la femme, réunis en assemblée de famille.

Quatrième condition. — Le mari doit former sa demande en justice, la requête est communiquée au Procureur de la République qui donne ses conclusions, puis un juge est chargé de faire un rapport résumant l'affaire ; après quoi, le jugement est rendu en audience publique.

Cinquième condition. — Enfin, il faut que la valeur actuelle des biens du mari, grevés de l'hypothèque légale, excède notablement la fortune actuelle et les reprises futures de la femme. Il est donc nécessaire, pour fournir des éléments d'appréciation aux magistrats de faire une estimation, et ce n'est pas une des moindres difficultés de la matière, car il faut y procéder conformément aux règles des art. 2162, 2163, 2164 et 2165 du Code civil, d'après lesquels, pour qu'il y ait lieu à réduction, il faut que la valeur des immeubles hypothéqués excède de plus d'un tiers en fonds libre le montant des créances en capital et accessoires légaux. On doit donc établir le revenu de chaque immeuble en consultant la matière du rôle de la contribution foncière, on le multiplie par 15 si l'immeuble est sujet à déperissement et par 10 s'il n'y est pas sujet et le produit ainsi obtenu donne la valeur de l'immeuble dans les bornes fixées par la loi.

Toutes ces conditions sont indispensables pour arriver à faire prononcer la réduction. Une seule peut faire

défaut et ne pas empêcher par son absence le succès de la demande, c'est le consentement de la femme, lorsque celle-ci est dans l'impossibilité de la donner ; il peut y être suppléé par celui du conseil de famille.

Dans le cas où elle le refuserait, certains auteurs pensent, que, nonobstant ce refus, le mari peut obtenir la réduction et bien qu'ils étayent leur opinion de raisonnements très sérieux, rien n'est moins certain ; en tous cas, ce n'est pas dans cette circonstance que les difficultés seront moindres, car en admettant que le tribunal consente à examiner la demande ainsi formée contre la volonté de la femme, il sera plus exigeant pour les justifications à fournir.

Excellentes en elles-mêmes, au point de vue du principe, ces opérations qui permettraient d'échapper aux conséquences fâcheuses de la clandestinité et de la généralité de l'hypothèque légale, ne sont jamais effectuées à cause des difficultés et des lenteurs que la loi a semées sous les pas de ceux qui voudraient y recourir. Cependant, elles répondraient parfaitement à l'esprit général de notre régime hypothécaire qui, théoriquement, est basé sur la spécialité et la publicité. Ce qu'a voulu le législateur c'est, en raison de son incapacité, protéger la femme contre les prodigalités du mari et lui assurer le recouvrement de ses reprises. Mais lorsque la femme se reconnaît capable de se défendre seule, ou quand il est certain que tous les immeubles du mari dépassent le montant des sûretés nécessaires, il aurait

dû chercher à éviter les conséquences fâcheuses produites par l'attribution de cette garantie, en organisant des mesures pratiques pour la limiter afin de diminuer l'atteinte qu'elle porte au crédit du mari et les entraves qu'elle met à la libre circulation des biens. Le droit de réduction était, d'ailleurs, un droit nouveau dans notre législation, il n'y est entré qu'avec le Code civil (1).

(1) Troplong, *Privilèges*, I ; *Hypothèques*, II, n^{os} 535 *bis* et 536.

CHAPITRE IV

TEXTE DU PROJET DE LOI ET CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES.

I. — Texte du projet de Loi. — Dispositions relatives à l'hypothèque légale de la femme mariée.

SECTION II. — Des hypothèques.

ART. 17.

Toute hypothèque, soit légale, soit conventionnelle, doit être inscrite au bureau de la conservation des hypothèques de la situation des biens.

L'inscription ne peut être prise que pour une somme fixe et sur des immeubles désignés.

A défaut d'inscription, l'hypothèque ne peut être opposée aux tiers qui ont des droits sur l'immeuble et les ont conservés en se conformant aux lois.

Les art. 2122, 2129 et 2130 du Code civil sont abrogés.

ART. 18.

L'art. 2134 du Code civil est ainsi modifié :

« Entre les créanciers, l'hypothèque soit légale, soit conventionnelle, n'a de rang que du jour de l'inscription prise sur les registres du conservateur dans les formes et de la manière prescrites par la loi.

L'art. 2135 du même Code est abrogé en tant qu'il dispense de l'inscription l'hypothèque légale des mineurs et interdits et celle des femmes mariées.

ART. 19.

Tout contrat de mariage détermine la somme pour laquelle la

femme aura hypothèque légale sur les immeubles de son mari en raison de sa dot et de ses conventions matrimoniales.

Le contrat désigne ceux des immeubles du mari sur lesquels portera l'hypothèque ; à défaut de cette désignation, l'hypothèque portera sur tous les immeubles présents du mari.

Il peut être sursis à l'inscription, mais il ne peut pas être convenu qu'elle ne sera jamais prise.

Le notaire doit prévenir les parties que l'hypothèque n'aura d'effet que par l'inscription ; mention en est faite dans le contrat.

Si le mariage ne s'accomplit pas, l'inscription est rayée sur la représentation soit d'un acte notarié contenant résiliation des conventions matrimoniales, soit d'un jugement rendu sur simple requête par le tribunal du domicile de la partie défenderesse, en Chambre du Conseil.

ART. 20.

Toute inscription qui pourrait devenir nécessaire pendant le mariage sera prise par le mari ou par la femme elle-même, sans aucune autorisation, sur des immeubles et pour des sommes déterminés.

Les parents et alliés de la femme en ligne directe et en ligne collatérale au degré de frère, de sœur, d'oncle et de tante, pourront requérir l'inscription, avec l'autorisation du président du tribunal du domicile du mari.

ART. 21.

L'hypothèque légale de la femme peut être remplacée en tout ou en partie par un cautionnement dont les conditions sont déterminées soit par le contrat de mariage soit par le tribunal du domicile du mari statuant en chambre du conseil sur simple requête.

ART. 22.

Dans le cas où les femmes peuvent céder leur hypothèque légale ou y renoncer, cette cession ou cette renonciation doit être faite par acte authentique, et les cessionnaires ne sont saisis à l'égard des tiers que par l'inscription de cette hypothèque à leur profit ou par la mention de la subrogation en marge de l'inscription préexistante.

La renonciation par la femme à son hypothèque légale au profit de l'acquéreur d'immeubles grevés de cette hypothèque en emporte l'extinction à partir soit de la transcription de l'acte d'aliénation, si la renonciation y est contenue, soit de la mention faite en marge de la transcription de l'acte d'aliénation, si la renonciation a été faite par acte distinct.

ART. 23.

Sous quelque régime qu'elle soit mariée, la femme est autorisée à consentir antérieurement à son hypothèque, lorsqu'il s'agit de constructions ou de réparations ayant pour but de conserver ou d'améliorer les immeubles grevés.

ART. 24.

L'hypothèque légale des mineurs et des interdits doit être inscrite à la diligence du tuteur ou du subrogé tuteur, dans le mois de la délibération qui aura désigné les immeubles sur lesquels l'hypothèque devra porter et fixé la somme pour laquelle l'inscription sera prise.

Le subrogé tuteur est tenu sous sa responsabilité de veiller à ce que l'inscription soit prise ou de la prendre lui-même.

ART. 25.

Le conseil de famille peut, par délibération motivée et prise à la majorité avec avis favorable du juge de paix, dispenser de l'inscription ou déclarer qu'il y sera sursis.

Cette délibération peut être frappée d'opposition dans la huitaine par tout membre du conseil de famille. Le tribunal statue en chambre du conseil.

ART. 26.

Si le tuteur ne possède pas d'immeubles ou si ses immeubles sont insuffisants, le conseil de famille peut lui imposer un cautionnement à la réalisation duquel le subrogé tuteur est tenu de veiller.

Il en est de même si le tuteur préfère affranchir ses immeubles de l'hypothèque légale.

ART. 27.

Dans le cas où les garanties données au mineur ou à l'interdit seraient devenues insuffisantes, le conseil de famille pourra exiger une augmentation de cautionnement ou l'extension de l'hypothèque à d'autres immeubles.

ART. 28.

L'art. 2161 du Code civil est remplacé par le suivant :

« Si dans le cours du mariage ou de la tutelle il est reconnu que l'hypothèque légale de la femme, du mineur ou de l'interdit, frappe plus de biens qu'il n'est nécessaire, la réduction en peut être demandée par le mari ou le tuteur.

« La demande du mari est portée devant le tribunal de son domicile, qui statue en chambre du conseil sur simple requête.

« A l'égard du tuteur, la réduction est consentie par délibération motivée du conseil de famille, prise à la majorité, avec avis favorable du juge de paix.

« Le cautionnement fourni par le mari ou le tuteur, dans les cas prévus par les art. 21 ou 26 peut être réduit dans les mêmes formes. »

ART. 29.

L'hypothèque judiciaire est supprimée ; le deuxième alinéa de l'art. 2117 et l'art. 2123 du Code civil sont abrogés.

ART. 30.

Le dernier paragraphe de l'art. 2148 du Code civil est abrogé.

ART. 31.

L'art. 2151 du Code civil est remplacé par le suivant :

« Le créancier inscrit pour un capital produisant intérêts ou arrérages a droit d'être colloqué pour un dixième au plus au même rang que pour son capital, sans préjudice des inscriptions particulières à prendre, emportant hypothèque à partir de leur date, pour les intérêts ou arrérages non conservés par la première inscription. »

La loi du 17 juin 1893 est abrogée.

ART. 32.

Le paragraphe 3 de l'art. 2153 est modifié ainsi qu'il suit :

« 3° La nature des droits à conserver, et le montant de leur valeur. »

II. — Considérations générales sur le projet de loi.

I. — *But de la réforme. — Son application pratique.*

Le but poursuivi par les pouvoirs publics, en proposant la réforme du régime hypothécaire, c'est de favoriser le crédit immobilier et de faciliter les transactions en débarrassant la propriété foncière des charges occultes qui la grèvent. Partant de cette vérité que les garanties exagérées accordées aux incapables et, en particulier, à la femme sont « extrêmement préjudiciables à la masse » tant par les frais qu'elles occasionnent que par les difficultés et les lenteurs qu'elles entraînent dans la marche des affaires, le projet de loi s'applique à remédier aux inconvénients de l'état de choses actuel par la publicité complète imposée aux charges réelles et leur limitation à des proportions déterminées.

L'esprit général étant donc, surtout, de donner satisfaction à des exigences dont la pratique des affaires a démontré la légitimité, il semble que le but recherché sera complètement atteint par la réforme proposée. Mais l'on peut se demander si cette réforme ne pouvait pas être considérée comme un acheminement à un régime, qui ne comporterait l'attribution d'aucune pro-

tection légale autre que celle dérivant des conventions permises.

Cependant, si l'on s'accorde à penser que la garantie donnée à la femme mariée à titre d'incapable est, en quelque sorte, d'ordre public et que le principe doive en être conservé dans notre législation, il y a lieu alors de se demander si, pour réaliser une amélioration désirable, on n'a pas sacrifié des intérêts que la loi a le devoir de protéger.

En un mot, notre étude s'appliquera à rechercher si le projet de loi réalise une heureuse conciliation entre deux systèmes, l'un de protection étroite et gênante dont on ne veut plus, l'autre de liberté dangereuse dont l'on n'ose pas encore proposer l'adoption dans l'état actuel de nos mœurs.

Le temps n'est plus où l'on pouvait taxer de « vaines et chimériques utopies » les essais de réforme hypothécaire et prétendre que « les caprices de l'imagination envahissaient le domaine de la saine raison » (1), quand on cherchait à mettre en pratique les principes sur lesquels repose le projet actuel. L'exemple des peuples voisins nous montre qu'un régime hypothécaire, reposant sur les bases proposées, peut très bien fonctionner sans entraîner la ruine des familles et la spoliation des mineurs et des femmes.

Pour les femmes mariées dont nous avons seulement

(1) Troplong, *Transcription hypothécaire*, p. 41

à nous occuper, l'on peut se demander, si le projet de la Chancellerie a pris des mesures suffisantes pour la conservation de leurs intérêts.

En réglementant ainsi la protection qui leur était accordée par le Code, le législateur, pour obéir à la préoccupation de diminuer les charges de la propriété foncière, afin de faciliter la marche des affaires devenues de plus en plus actives, n'a peut-être pas pris des mesures assez étroites pour assurer l'efficacité de l'hypothèque légale qu'il laisse subsister à leur profit.

Il subordonne tout l'effet de cette garantie à la publicité et à la spécialité et, en même temps il n'impose à personne, sous une sanction effective, l'obligation d'en déterminer les éléments et de la faire apparaître. Son existence théorique subsiste, mais son existence pratique produisant des effets utiles, est rendue précaire et douteuse.

Or, si l'opinion publique réclame une modification du régime hypothécaire dans le sens de la réforme projetée, sa réclamation ne va pas encore, nous semble-t-il, jusqu'à l'abolition de cette protection accordée à la femme mariée.

Cependant, on ne saurait nier l'existence à l'heure actuelle d'un courant d'opinions qui tend à assimiler juridiquement la femme à l'homme.

Depuis un certain nombre d'années, le féminisme, en dehors de ses manifestations bruyantes et de ses réclamations exagérées dans l'ordre du droit public, fait

dans la société des progrès décisifs. Ce mouvement, d'abord cantonné dans la littérature et surtout dans le théâtre, commence à exercer une influence incontestable sur les mœurs et n'est pas loin d'atteindre la législation. Ne vient-on pas d'accorder aux femmes le droit d'être témoins dans les actes de l'état civil et des actes instrumentaires en général (1). Il est de fait que l'infériorité juridique des femmes tend à disparaître ; leur admission à des fonctions de plus en plus nombreuses et l'éducation qu'elles reçoivent actuellement, leur donnent dans la vie une initiative plus grande. Le matérialisme des questions d'intérêt leur est moins étranger dans un état social, où la considération et la préoccupation constante de la richesse dominant toutes les autres. A défaut de la connaissance complète de nos lois, la femme n'est plus aussi désarmée devant les réalités de la vie, elle a une teinte du droit et des affaires, sait comprendre et défendre ses intérêts, maintenant que l'argent est devenu le facteur essentiel de l'existence. En même temps que se poursuit l'abolition des inégalités qui subsistent entre l'homme et la femme, au point de vue du droit privé, il semble que, par compensation, doive être réalisée la diminution des faveurs exceptionnellement protectrices dont elle jouit.

Ce ne sont pas probablement ces considérations qui ont guidé exclusivement les auteurs du projet de 1896,

(1) Loi promulguée le 9 décembre 1897.

mais il est permis de croire qu'elles n'ont pas été étrangères à la conception de la réforme hypothécaire. Il est très admissible de penser qu'en ne prenant pas de plus grandes précautions pour assurer l'efficacité de l'hypothèque légale, dont ils ont cependant maintenu le principe, les rédacteurs du projet n'ont considéré la loi nouvelle que comme un acheminement possible à une réforme plus radicale, à la suppression de toute garantie particulière. La grande facilité donnée à la femme de s'en dépouiller ne permet-elle pas d'envisager un état de choses où le principe de protection n'existerait plus : les résultats pratiques en seraient-ils changés ? Il est permis de se demander si l'hypothèque légale de la femme, même telle qu'elle est organisée aujourd'hui, est indispensable pour la conservation de son patrimoine. Au sein de la Commission du cadastre dont les travaux ont contribué à l'élaboration du projet de la Chancellerie, M. le professeur Bufnoir, parlant de cette garantie, s'est exprimé dans les termes suivants, qui nous paraissent en démontrer pleinement la précarité, sinon l'inutilité.

« Je laisse de côté le caractère occulte, je prends seulement son caractère de généralité et je me demande quels ont été les résultats pratiques de cette hypothèque légale de la femme mariée en ce qui concerne la protection qu'elle a pour but de lui assurer. Eh bien, à cet égard, je crois que les hommes pratiques qui se trouvent dans cette commission seront de mon avis ; pour toute

femme qui n'est pas mariée sous le régime dotal, le résultat le plus clair de l'hypothèque légale est que la femme est ruinée toutes les fois que le mari se ruine.

« Il est très facile d'en donner la raison. Personne, bien entendu, ne traite avec un homme marié sans demander l'intervention de la femme, sans qu'on demande, comme on dit, que le prêteur, par exemple, soit subrogé aux droits de la femme dans son hypothèque, ou qu'elle renonce, à cette hypothèque au profit de l'acquéreur. Et, chose remarquable, cette intervention de la femme n'est pas limitée à la disposition du droit d'hypothèque ; la femme, presque toujours, intervient en s'obligeant conjointement et solidairement avec son mari, comme disent les notaires. De telle sorte, qu'à moins, je le répète, d'être placée sous la protection du régime dotal, et nous serons tous d'accord, j'imagine, pour repousser au point de vue du crédit hypothécaire la généralisation du régime dotal, la femme, dans la pratique la plus habituelle, n'est nullement protégée par son hypothèque légale et qu'elle se ruine presque toujours quand son mari se ruine lui-même.

« J'ai eu souvent entre les mains des états d'inscriptions hypothécaires ; j'y ai trouvé quelquefois les hypothèques de la femme, inscrites, non pas à son profit, mais au profit d'un cessionnaire, de telle sorte qu'en fait l'hypothèque légale de la femme ne sert qu'à donner, en quelque sorte à son détriment, un supplément de garantie aux créanciers de son mari, et que la pro-

tection qu'on avait l'intention de lui accorder s'est, pour ainsi dire, retournée contre elle. »

Et le savant professeur en arrive à cette conclusion, que sa conviction est qu'on rendrait le plus grand service à la femme elle-même, en exigeant la limitation de son hypothèque.

C'est à cette solution que s'est arrêté le projet de loi. Dorénavant, non seulement l'hypothèque devra être inscrite, mais encore elle devra être limitée, quant à son assiette, par une détermination des immeubles grevés.

Telle qu'elle est conçue, cette innovation qui modifie profondément les conditions d'existence de l'hypothèque légale de la femme, ne présente-t-elle pas quelques dangers et n'expose-t-elle pas les femmes à être démunies de toute protection, en les obligeant pour obtenir une sûreté à recourir à une sorte de convention qui n'est pas dans les usages ou à une manifestation de volonté dont l'initiative leur répugnera.

Ce sera surtout une question d'habitude à prendre. Depuis longtemps, on réclame contre les inconvénients de l'hypothèque légale générale et occulte. Cependant, le Code avait fourni le moyen de les éviter, avant même toute occasion d'en subir les conséquences, en permettant l'usage de leur restriction dans le contrat de mariage. Mais cette convention, malgré ses avantages, est restée inusitée ; elle n'est pas passée dans les coutumes.

*Quid leges sine moribus**Vanæ proficient ?*

dit Horace. Il est certain que les lois ne peuvent guère prévaloir contre les mœurs, mais quand elles font face à un besoin pressant, leur application finit par s'imposer. Tout porte à croire qu'après la réalisation de la réforme projetée, on ne manquera pas de remplir les obligations auxquelles elle subordonne les effets de l'hypothèque légale, quand on voudra bénéficier de cette garantie. Si jusqu'ici l'inscription et les déterminations qui devaient l'accompagner étaient inusitées, c'est qu'elles étaient simplement facultatives et ne répondaient pas à une nécessité immédiate, mais, dorénavant, elles deviendront indispensables pour que la sûreté légale produise des effets utiles. Les femmes, et, surtout, leurs parents savaient quelle complète garantie la loi accordait à l'épouse ; ils n'avaient pas à se préoccuper d'en exiger une spéciale, mais, à partir du moment où cette protection fera défaut, ils ne manqueront pas de recourir à la convention qu'il sera nécessaire de faire pour assurer la conservation des droits de la femme en présence des pouvoirs du mari. Dès qu'un intérêt puissant sera en jeu, il est peu vraisemblable que certains préjugés fassent considérer comme déplacées des stipulations de cette nature intervenant dans ces circonstances. Quels que soient les scrupules des familles, on ne saurait considérer comme une mesure de défiance l'arrangement par lequel on organisera les termes d'une garantie, en se

conformant aux prescriptions de la loi qui met cette condition à la jouissance de la protection qu'elle accorde. Quand la coutume en sera prise, aucune susceptibilité n'en sera blessée.

Mais, s'il peut ne pas paraître nécessaire de donner à la femme, en raison de son mariage, une sûreté qu'elle-même ou ses représentants sont pleinement à même de se faire concéder avant la célébration de l'union projetée pour les dots et conventions matrimoniales, il n'en est pas de même, lorsqu'au cours du mariage, des droits prennent naissance à son profit.

L'incapacité résultant de la *capitis deminutio* qu'elle a subie, les sentiments naturels d'affection et de déférence pour son mari mettent dans ce cas, la femme dans une situation des plus dignes d'intérêt dont le législateur avait le devoir de se préoccuper. Si le Code était allé au delà du but, en accordant une hypothèque générale occulte sur les biens du mari, le projet de loi paraît avoir concilié tous les intérêts, en mettant à la disposition de la femme un titre hypothécaire dont elle-même ou des personnes de sa famille peuvent faire usage.

II. — *Nature de l'hypothèque légale. — Fondement d'une hypothèque purement conventionnelle.*

Le projet de loi, en effet, n'a pas modifié la nature de l'hypothèque accordée à la femme. On doit toujours donner à celle qu'il organise l'épithète de légale et lui

appliquer la formule de l'art. 3 de la loi de brumaire an VII : « *L'hypothèque existe, mais à la charge de l'inscription* ». L'inscription n'est pas nécessaire pour l'existence et la validité de l'hypothèque ; elle n'est pas une condition de sa naissance ni une sorte de confirmation de droit hypothécaire ; elle ne fait qu'en assurer l'efficacité à l'égard des tiers. D'ailleurs le terme de légale revient dans le texte nouveau à plusieurs reprises et la définition actuelle de l'hypothèque légale lui est pleinement applicable. « L'hypothèque légale est celle qui est établie de plein droit par la loi et qui naît sans aucune manifestation de volonté, soit du créancier, soit du débiteur. »

Seulement, pour lui faire produire des effets, il faudra désormais une manifestation de volonté, puisque ces effets seront subordonnés à une détermination de la créance et des immeubles sur lesquels elle devra porter.

Mais, l'introduction de cet élément nouveau ne modifie pas le caractère de l'hypothèque, elle reste légale, cela n'est pas douteux. Il est certain également que l'hypothèque convenue et déterminée au contrat, conserve d'après les termes et l'esprit du projet, un caractère indéniable de légalité.

En effet, le mariage est la source et la cause de cette protection légale, l'accord des parties n'est nécessaire que pour en déterminer l'étendue.

Cette convention sera désormais de la nature du con-

trat de mariage, en ce sens qu'on ne peut renoncer d'une manière absolue à la garantie dont elle détermine les bases ni convenir que l'inscription ne sera jamais prise.

Sans critiquer la disposition du projet de 1896 qui conserve ce caractère de légalité à l'hypothèque déterminée dans le contrat de mariage, ne pourrait-on pas concevoir autrement l'hypothèque de la femme et, d'après le système même de la réforme, distinguer deux sortes de droits hypothécaires à son profit ; l'un purement conventionnel, celui résultant des stipulations contenues dans le contrat de mariage ; l'autre légal, celui en vertu duquel, au cours du mariage, la femme ou des personnes habiles à le faire peuvent prendre inscription pour les diverses créances qui naissent à son profit. En effet, si l'on remonte au fondement de l'hypothèque légale, on constate que sa seule raison d'être, c'est l'incapacité où est la femme de prendre des sûretés conventionnelles pour garantir ses droits vis-à-vis de son mari. Mais, tant que la femme est célibataire ou veuve, sa capacité civile est entière. Avant le mariage, la femme stipule librement et elle n'est pas seule ; elle est entourée de sa famille, de ceux qui ont pour mission propre et spéciale de sauvegarder ses droits. Nous sommes ici en présence de personnes discutant d'égal à égal, et il n'y a pas lieu de faire de la femme une incapable à l'avance : tant qu'elle n'est pas dans les liens du mariage, elle-même ou ses représentants ont toute fa-

cilité, en même temps que sont discutées les conditions pécuniaires de l'union projetée, de faire toutes conventions utiles pour pourvoir à l'absence de toute garantie légale.

On peut d'autant plus se demander si la liberté laissée aux parties de faire ou de ne pas faire des constitutions d'hypothèque avant le mariage, alors que leur capacité respective est également complète, n'aurait pas eu en même temps qu'un fondement juridique, l'avantage d'arriver à un résultat pratique semblable. En effet, la loi proposée fournit un moyen détourné de s'affranchir des conséquences d'une clause obligatoire en permettant de convenir qu'il sera sursis à son exécution sans fixer aucun délai.

L'on ne pourrait pas dire que le caractère conventionnel de l'hypothèque établie dans le contrat de mariage obligerait le futur époux mineur pour le constituer sur ses biens, à recourir en raison de l'art. 2126, aux formalités spéciales à la minorité, puisque l'art. 1398 l'en dispenserait; en vertu de cette disposition le mineur habile à contracter mariage est habile à consentir toutes les conventions dont ce contrat est susceptible, les conventions et donations qu'il y a faites sont valables, pourvu qu'il ait été assisté dans le contrat des personnes dont le consentement est nécessaire pour la validité du mariage.

On prétendrait encore vainement que l'hypothèque conventionnelle ne pouvant s'appliquer qu'à des im-

meubles présents, il était nécessaire de donner le caractère de légalité à l'hypothèque que la loi prescrit de déterminer dans le contrat. Du moment où l'on subordonne les effets de l'hypothèque à l'inscription, l'objection tombe, puisque l'inscription ne peut être prise que sur des immeubles présents. Le projet de loi (art. 17) abroge d'ailleurs comme conséquence du principe absolu de la publicité et de la spécialité les art. 2122 et 2129 et 2130 du Code civil conférant la faculté d'établir une hypothèque sur les biens à venir dans des hypothèses exceptionnelles.

L'on peut se demander, cependant, si l'exception de l'art. 2130 qui permet de constituer, dans certains cas, une hypothèque conventionnelle sur les biens à venir n'aurait pas présenté une certaine utilité, et si le champ d'application de cette disposition ne se serait pas trouvé sensiblement augmenté sous un régime exclusif de légalité pour l'hypothèque constituée au contrat. La convention admise exceptionnellement par l'art. 2130 serait peut-être devenue d'un emploi fréquent. Au premier abord, on ne voit pas bien l'utilité d'une semblable stipulation, puisque la loi aurait toujours laissé à la femme le droit de requérir l'inscription, au cours du mariage, pour ses différentes créances contre son mari, au fur et à mesure que les immeubles adviendraient à celui-ci. Mais précisément, de crainte que par négligence ou faiblesse, la femme n'exercât pas cette faculté, les parents qui ont réglé les conditions pécuniaires du ma-

riage recourraient à cette stipulation, dans les cas où ce serait possible, afin de le faire eux-mêmes, sans avoir d'autres justifications à fournir pour prendre inscription que l'existence de la convention qui les y autoriserait.

Tels sont les motifs sur lesquels on pourrait s'appuyer pour attribuer le caractère conventionnel à l'hypothèque stipulée dans le contrat au profit de la femme. Cette conception ne serait pas nouvelle. Dans l'avant-projet de révision du Code civil rédigé par M. Laurent sur la demande du ministre de la justice en Belgique, l'abolition des hypothèques légales est proposée, et en ce qui concerne la femme, l'auteur lui reconnaît seulement la faculté : 1° de stipuler une hypothèque par contrat de mariage, en la spécialisant pour les droits qui naissent de ses conventions matrimoniales (art. 2256) ; 2° de prendre inscription sur les biens de son mari pour la sûreté de ses droits qui naîtront pendant le mariage (art. 2257), mais cette inscription ne pourra être prise que sur un acte de spécialisation consenti par le mari ou sur son refus par le tribunal, et, dans ce dernier cas, le mari peut en demander la réduction aux sommes qu'elle pourra avoir à réclamer et la restriction sur les immeubles suffisants pour la garantie (art. 2258).

Hâtons-nous de dire que pour le droit accordé en second lieu à la femme, la subordination de l'hypothèque à une convention serait inconciliable avec les principes de notre législation et que sa raison d'être se trouve

dans les dispositions antérieures de l'avant-projet qui raye la femme mariée du nombre des *incapables*.

Mais, pour l'hypothèque déterminée dans le contrat, M. Laurent trouve l'origine et le fondement de ce caractère conventionnel qu'il entend lui imprimer dans la spécialité organisée par la loi de 1854, qui contient les dispositions analogues à celle du projet de loi sur ce point. Du moment où l'on y reconnaît la femme capable, — et elle l'est réellement, — de consentir à la spécialisation, on rend la garantie ainsi constituée purement conventionnelle.

Le projet de la Chancellerie n'est pas rentré dans cette voie ; il a adopté une autre conception de l'hypothèque de la femme, il n'aurait pu, d'ailleurs, concilier ce caractère avec l'ensemble de ses dispositions concernant cette garantie.

Un des motifs qu'avait le rédacteur du projet de conserver le caractère de *légalité* à l'hypothèque déterminée par le contrat de mariage, c'est qu'il la fait naître en quelque sorte de ce contrat même, en dehors de toute désignation des immeubles sur lesquels les parties ont l'intention de la faire porter, en la faisant porter sur tous les immeubles présents du mari à défaut de cette désignation. Mais, comme l'hypothèque a seulement l'existence théorique et qu'elle ne produit d'effets que par une manifestation de volonté, pratiquement, on peut se demander si le caractère de légalité a une grande valeur, puisque l'inscription n'est pas or-

donnée d'office et qu'elle dépend du bon vouloir des parties.

Quant à l'hypothèque relative aux créances qui surviennent pendant le mariage, le caractère de légalité lui est indispensable. Ce droit hypothécaire en dehors de la publicité et de la spécialité auxquelles il est soumis, différera encore de l'hypothèque légale actuelle par des points importants, bien que le peu de précision des termes du projet laisse planer quelque incertitude.

III. — Questions soulevées.

L'art. 20 s'exprime ainsi : « *Toute inscription qui pourrait devenir nécessaire pendant le mariage sera prise par le mari ou par la femme elle-même sans aucune autorisation sur des immeubles et pour des sommes déterminées. Les parents et alliés de la femme en ligne directe, et en ligne collatérale au degré de frère, de sœur, d'oncle, de tante peuvent requérir l'inscription avec l'autorisation du président du tribunal du domicile du mari.* » Aujourd'hui, les différentes personnes qui sont admises à prendre inscription au profit de la femme peuvent le faire sans aucune autorisation et il suffit de cette inscription, pour que l'hypothèque produise tous les effets qu'elle produirait, d'ailleurs, indépendamment d'elle. Dorénavant, le mari seul et la femme pourront prendre inscription de leur pleine volonté sans recourir à aucune formalité ; toutes les autres personnes énumé-

rées dans cet article ne pourront le faire qu'avec l'autorisation du président du tribunal.

Pourquoi a-t-on restreint ce pouvoir et l'a-t-on soumis à cette condition ? — On a craint probablement des abus : l'hypothèque spécialisée paraîtra plus menaçante pour les tiers, car elle correspondra à un droit certain ; aujourd'hui, par sa généralité même, l'hypothèque légale effraye moins, car on ne sait pas exactement si la femme a des droits et quel est leur montant. Il y a donc intérêt à ce que l'inscription n'en soit pas prise légèrement. Bien que le mari ait la faculté d'en demander la réduction, on ne peut, sous prétexte qu'il a ce recours, permettre qu'il soit obligé de recourir fréquemment à cette procédure.

Outre cette différence, il en est une autre découlant du principe qui domine toute la réforme : c'est qu'ils ne peuvent le faire que sur des immeubles et pour des sommes déterminées. Et la question qui se pose, de suite, est celle de savoir, si l'autorisation du président du tribunal sera de pure forme, ou si ce magistrat jouira d'un pouvoir d'appréciation et pourra la refuser ou exiger des justifications.

Les personnes requérant inscription devront-elles fournir des justifications ? — Si l'on se fonde sur la législation actuelle, l'on est tenté d'interpréter le nouveau texte dans le premier sens et de décider par analogie que les personnes habiles à requérir inscription n'auront qu'à manifester leur volonté dans les conditions exigées

(évaluation de la créance et désignation des immeubles), pour que l'inscription soit opérée, de même qu'aujourd'hui il suffit d'une simple manifestation de volonté de la part de ceux qui sont admis à exercer ce droit. Mais, d'un autre côté, l'on ne peut supposer que l'on ait seulement voulu assujettir à une vaine formalité l'exercice de cette faculté accordée pour assurer une garantie utile à un incapable.

Nous pensons que le projet qui a admis un élément consensuel dans la détermination des bases sur lesquelles sera établie l'hypothèque prise au début du mariage, n'a voulu, en introduisant l'intervention du pouvoir judiciaire, que remplacer l'accord des parties par une décision de justice fondée d'après les circonstances. Sur cette question, qui sera examinée à la matière de l'inscription, nous pouvons déjà indiquer la solution : c'est que le magistrat, auquel sera présentée la requête, pourra provoquer des explications et des justifications, si elle lui paraît manquer de fondement et que, dans le cas où cette demande viendrait à être contestée (bien que la procédure et la requête paraissent incompatibles avec l'intervention d'une partie défenderesse), le président du tribunal agira comme juge des référés disposant d'un pouvoir absolu d'appréciation pour l'admettre si, nonobstant toute opposition, il ressort que la mesure sollicitée est utile dans l'intérêt de la femme, ou pour la rejeter, si elle paraît inopportune et vexatoire.

Qu'il y ait ou non des justifications à apporter pour inscrire, dans certains cas, l'hypothèque légale qui subsiste au profit de la femme pour les droits naissant au cours du mariage, l'inscription de cette hypothèque pourra être requise pour garantir toutes les créances quelconques de la femme, même celles qui ne rentrent pas dans l'énumération de l'art. 2135, al. 2, et pour lesquelles il y a aujourd'hui controverse.

On est bien d'accord pour reconnaître que l'hypothèque légale garantit toutes les créances de la femme, mais on se demande si celles qui ne figurent pas dans l'art. 2135 jouissent de la dispense d'inscription dont bénéficient toutes celles qui y sont mentionnées. La question sera dorénavant tranchée ; l'hypothèque garantira, quelles que soient leur origine et leur nature, toutes celles pour lesquelles l'inscription sera prise et celles-là seulement.

La publicité dont l'hypothèque légale doit être entourée étant requise surtout dans l'intérêt des tiers, faut-il décider que seuls pourront se prévaloir du défaut d'inscription les personnes auxquelles s'applique cette terminologie ? — Il nous semble qu'il y a une assimilation complète à faire entre la situation, sous l'empire du projet, de la femme mariée dont l'hypothèque n'aura pas été inscrite et la situation, sous le Code, de la femme devenue capable par la dissolution du mariage, qui n'a pas encore fait inscrire son hypothèque après l'ex-

piration du délai d'un an dont elle jouit pour remplir cette formalité. L'on doit, en conséquence, se reporter aux dispositions de l'art. 8 de la loi du 23 mars 1855 qui prévoit cette situation. Suivant l'interprétation donnée par la presque unanimité des auteurs à cet article, l'on doit entendre par tiers, non seulement les acquéreurs et les créanciers hypothécaires du mari, mais encore les créanciers simplement chirographaires. Et cette solution nous paraît très équitable, bien qu'on ait soutenu l'opinion contraire et prétendu que ceux-là seuls sont tiers, au point de vue de l'art. 8, qui ont acquis des droits réels sur les immeubles grevés et les ont conservés en se conformant aux lois (1).

L'on ne peut hésiter à donner cette solution dans l'hypothèse, probablement fréquente à l'avenir, où la femme n'aura pas fait inscrire son hypothèque, car elle satisfait absolument la raison, malgré la disposition de l'art. 17 du projet, qui pourrait faire naître des doutes sur le point de savoir quels sont les effets du défaut d'inscription en disant : « *à défaut d'inscription, l'hypothèque ne peut être opposée aux tiers qui ont des droits sur l'immeuble et les ont conservés en se conformant aux lois* ». Au premier abord, il semble que ces expressions désignent seulement les acquéreurs qui ont fait transcrire leurs titres ou les autres créanciers hypothécaires qui ont pris inscription et que cette disposition exclut

(1) Pont, II, n° 836.

de la faculté de se prévaloir du défaut d'inscription les créanciers chirographaires, ainsi que l'on interprète les art. 3 et 7 de la loi du 23 mars 1855, qui emploient des expressions identiques. Mais, admettre cette solution serait faire une confusion entre les deux attributs de l'hypothèque. L'art. 17 se rapporte exclusivement au droit de suite, tandis que les effets du droit de préférence sont réglés par l'art. 18, lequel reproduit la première partie de l'art. 2134 du Code civil qui organise l'exercice du droit de préférence :

« Entre les créanciers, l'hypothèque soit légale soit conventionnelle n'a de rang que du jour de l'inscription prise sur les registres du conservateur dans les formes et de la manière prescrites par la loi. »

« *Entre les créanciers...* » dit-il dans les termes les plus généraux, sans distinguer s'ils sont hypothécaires ou chirographaires.

Le droit de se prévaloir du défaut d'inscription appartiendra donc à tous les tiers, dans le sens le plus large du mot, de même que ceux-ci ne sont pas préférés, aujourd'hui, par un créancier conventionnel quelconque qui a obtenu une constitution d'hypothèque, mais n'en a pas requis l'inscription avant l'arrivée de l'un des événements qui en arrêtent le cours. L'hypothèque légale de la femme non inscrite ne pourra, désormais, produire aucun effet ni lui accorder aucun droit de préférence.

Mais, comme la publicité n'est requise qu'à l'égard

des tiers et qu'elle n'est pas exigée pour les rapports des parties, l'hypothèque de la femme, en raison de sa légalité, produira tous ses effets à l'égard du mari, de ses héritiers, de ses successeurs universels, ou à titre universel qui continuent sa personne ou le représentent. D'ailleurs, le mari restant chargé par la nouvelle loi de faire inscrire l'hypothèque de la femme, il ne peut personnellement, ou par ses ayants cause à titre universel, se prévaloir du défaut d'inscription. Sa négligence entraîne même sa responsabilité. Il est vrai que cette responsabilité est vaine, ses effets se confondent pratiquement avec l'exercice du droit hypothécaire. Il ne pourrait être question de dommages-intérêts : en effet, ou bien la femme sera remplie de tous ses droits par l'effet de l'hypothèque garantissant ses créances, et, ne perdant rien, elle ne pourra rien réclamer de plus ; ou bien l'actif du mari sera insuffisant à la désintéresser et l'allocation des dommages-intérêts sera sans objet.

Constatons de suite que, vis-à-vis du mari, la charge d'inscrire l'hypothèque est dépourvue de sanction. La seule autre personne qui en soit formellement chargée par le projet est la femme. Vis-à-vis d'elle, le défaut d'inscription est sanctionné par l'inefficacité de son droit hypothécaire et les risques que lui fait courir sa négligence de se voir préférer d'autres créanciers quelconques du mari. Nous aurons à rechercher, en voyant quelles sont les personnes chargées ou autorisées à

prendre inscription au profit de la femme, si cette obligation ne pourrait pas être imposée à d'autres ?

Dans cet ordre d'idées, nous avons dit que le reproche que feront au projet de loi les partisans du maintien de l'hypothèque légale de la femme, sera de n'avoir pas pris des mesures suffisantes pour assurer l'inscription de l'hypothèque, tant de celle déterminée au contrat que de celle qui peut être inscrite au cours du mariage. Renvoyant à plus tard l'examen des personnes auxquelles pourrait être imposée cette obligation, nous pouvons nous demander, dès maintenant, si le projet a pris d'abord des mesures suffisantes pour déterminer une hypothèque dans le contrat.

La détermination d'une hypothèque est-elle une formalité substantielle du contrat ? — Que signifient les termes impératifs de l'art. 19 ?

« *Tout contrat de mariage détermine la somme pour laquelle la femme aura hypothèque légale sur les immeubles de son mari en raison de sa dot et des conventions matrimoniales.*

« *Le contrat désigne ceux des immeubles du mari sur lesquels portera l'hypothèque ; à défaut de cette désignation, l'hypothèque portera sur tous les immeubles présents du mari.*

« *Le notaire doit prévenir les parties que l'hypothèque n'aura d'effet que par l'inscription ; mention en est faite dans le contrat.* »

Est-ce que la détermination d'une hypothèque au profit de la femme devient une formalité substantielle du contrat de mariage et l'absence de toute stipulation à cet égard pourra-t-elle vicier cet acte ? Nous ne pouvons penser que la détermination de l'hypothèque soit de l'essence ni de la nature du contrat de mariage ; l'auteur du projet n'a pas voulu donner une semblable sanction à ses prescriptions sans le dire expressément. Les conséquences inadmissibles auxquelles on arriverait ne permettent pas d'envisager l'annulation du contrat pour cette cause. L'absence de la stipulation à ce sujet n'est d'ailleurs pas autrement grave : au point de vue de l'hypothèque, il en est comme s'il n'avait pas été fait de contrat et au lieu de prendre inscription en vertu des dispositions de l'art. 19, la femme pourra le faire en vertu de l'art. 20.

Du reste, nous verrons plus loin que les déterminations que la loi ordonne de faire, au point de vue du montant de la créance hypothécaire et de l'assiette de l'hypothèque, peuvent apparaître et prendre corps dans le contrat pour servir au but recherché, indépendamment de toute clause spéciale à leur sujet.

Si cette prescription est dépourvue de sanction, en est-il de même du devoir qu'impose au notaire le § 4 de cet art. 19 ? L'on peut concevoir des futurs époux refusant d'obéir aux ordres de la loi, déclarant ne vouloir constituer aucune hypothèque ou ne pas pouvoir le faire, parce que le mari, par exemple, ne pos-

sède aucun immeuble ou parce que la femme, n'effectuant aucun apport, n'a aucun droit susceptible d'évaluation. Le notaire, qui recevra le contrat, constatera le fait et il nous paraît qu'il sera à couvert. Mais si le contrat est muet sur la stipulation prescrite et qu'il ne contienne pas la mention que le notaire a informé les parties des dispositions de la loi et les a prévenues que l'hypothèque n'a d'effet que par l'inscription, il nous semble que, dans ce cas, la responsabilité du notaire est engagée. L'absence de la mention exigée ne vicie pas le contrat, parce que ce n'est pas une énonciation substantielle, mais son défaut peut faire présumer que les parties ont été laissées par le notaire dans l'ignorance des prescriptions de la loi et, qu'en raison de cette ignorance, les parties n'ont pas recouru à la fixation de la garantie dont la loi ordonne la détermination. Le notaire devra donc être déclaré responsable et pourra être condamné à des dommages-intérêts au profit de la femme. En dehors de cette responsabilité civile, on aurait pu prendre une disposition analogue à celle de l'art. 1394 modifié par la loi du 10 juillet 1850 qui, dans l'al. 2; prononce une peine de dix francs d'amende contre le notaire, pour défaut de mention dans le contrat qu'il a été donné lecture aux parties des art. 1394 et 1394 du Code civil.

Situation de la femme mariée sans contrat. — Le projet de loi organise la détermination d'une hypothèque dans le contrat; mais quelle sera à cet égard la

situation de la femme qui sera mariée sans contrat?

La femme mariée sans contrat ne sera pas pour cela dépourvue de toute protection. En effet, le mariage est, pour elle comme pour toutes les femmes, l'origine d'un droit hypothécaire dont elles ont toujours la faculté de requérir l'inscription, lorsqu'elles le jugent nécessaire — suivant la disposition de l'art. 20.

La femme mariée sans contrat n'aura qu'à manifester sa volonté de faire apparaître cette garantie, afin d'en conserver le rang, sans avoir à demander aucune autorisation. Du moment où elle aura des droits de créance, il ne lui restera qu'à déterminer les sommes pour lesquelles elle désire être inscrite et sur quels immeubles elle entend faire porter sa créance.

Cette garantie, elle-même ou d'autres personnes pourront la faire naître utilement, toutes les fois que besoin en sera, lorsqu'il adviendra à la femme des biens provenant de successions qui, tombés momentanément dans la communauté, constitueront pour elle des reprises à exercer lors de la dissolution du mariage ou encore lorsqu'elle se sera engagée pour les affaires du mari ou de la communauté.

La loi ne pouvait faire plus pour la femme qui se marie sans contrat. Du moment où il n'est pas passé d'acte authentique pour constater les apports réciproques des époux et les conventions matrimoniales, comment aurait-elle pu prescrire une institution d'hypothèque? Généralement, les femmes qui se marient sans faire

précéder leur union d'un contrat sont celles qui n'ont aucune fortune à sauvegarder à l'heure actuelle ou, tout au moins une fortune insignifiante. Dans ces cas, les intérêts du mari et de la femme se confondent et il n'y a pas lieu d'organiser, quant à présent, au profit de la femme une protection particulière autre que celle accordée par l'art. 20.

D'ailleurs, l'adoption du régime de communauté légale est pour ainsi dire exclusive de toute hypothèque au sujet des apports de la femme. Pour que le droit accessoire d'hypothèque existe, il faut qu'une dot ait été constituée dans des conditions telles qu'elle ait fait naître au profit de la femme une créance contre le mari pour sa restitution. Or dans le régime de communauté légale la dot mobilière apportée par la femme se perd dans la communauté dont elle devient la propriété ; la femme n'est pas créancière de sa dot elle n'a pas d'action pour en obtenir la restitution, n'ayant pas de créance comment aurait-elle une hypothèque ?

Si la femme renonce à la communauté, elle n'a aucun droit sur le mobilier apporté par elle et si elle l'accepte, pour l'obtention de sa part de communauté, la femme n'a pas de créance elle agit en qualité de co-propriétaire et elle ne peut bénéficier que du privilège du co-partageant. Si la femme a des immeubles, ils lui restent propres, elle n'a donc pas non plus d'action pour les recouvrer : il est vrai que l'administration du mari peut faire naître des créances à son profit, mais cela ne

peut se produire qu'au cours du mariage et, à ce moment, la femme n'aura qu'à prendre inscription comme la femme mariée avec un contrat.

Il arrivera souvent que le futur époux n'aura pas d'immeubles au moment du mariage, les prescriptions de l'art. 19 ne pourront donc pas être remplies. L'on ne pourra même plus faire une constitution d'hypothèque sur les biens à venir, puisque le projet prononce l'abrogation de l'art. 2130. Mais, le législateur a fourni un moyen nouveau dans notre droit d'échapper à cet obstacle dans le premier cas ou de stipuler une garantie plus sûre que la constitution d'hypothèque sur les biens à venir.

C'est le cautionnement, mode de garantie institué par l'art. 21, que nous ne pouvons que signaler et dont l'examen serait en dehors des limites de notre sujet.

CHAPITRE V

DISPOSITIONS RELATIVES A LA PUBLICITÉ.

« Entre les créanciers, l'hypothèque, soit légale, soit conventionnelle, n'a de rang que du jour de l'inscription prise sur les registres du Conservateur dans les formes et de la manière prescrites par la loi.

« L'art. 2135 est abrogé, en tant qu'il dispense de l'inscription l'hypothèque légale des mineurs et interdits et celle des femmes mariées. »

Telle est la teneur de l'art. 18 du projet et la formule par laquelle il réalise cette innovation dont les conséquences seront considérables, au point de vue du crédit public et des rapports pécuniaires des époux. En faisant disparaître la dispense que le Code avait admise et en rendant obligatoire ce qu'il ne faisait que conseiller, le projet de loi transforme profondément les conditions d'existence de la garantie que la femme possède pour la conservation et la restitution de son patrimoine propre.

Les dispositions de la loi se rapportant à la publicité nous mettent en présence de différentes questions relatives, les unes au rang de l'hypothèque, d'autres aux personnes qui doivent ou peuvent requérir l'inscrip-

tion, d'autres enfin, aux conditions dans lesquelles peut être prise l'inscription, ces dernières comprenant le droit de surseoir ; en dernier lieu, nous verrons ce qu'il faut penser du système d'inscriptions provisoires ou prénotations.

I. — Rang de l'hypothèque.

Y a-t-il lieu de donner un effet rétroactif à l'inscription prise dans un certain délai? — Pour le rang de l'hypothèque, la question est formellement résolue par l'art. 18 rapporté ci-dessus. Mais il est permis de croire que cette solution absolue n'était pas la seule possible, et que, dans certains cas, on pourrait apporter au profit de la femme quelques tempéraments à la règle que l'hypothèque légale ne prendra rang qu'à dater de l'inscription ; on aurait pu distinguer entre l'hypothèque déterminée au contrat et celle dont l'inscription est requise, au cours du mariage, sur des biens adventifs.

Etant donné le caractère de légalité de l'hypothèque de la femme, on peut prétendre qu'il ne serait pas étranger à la nature de cette institution de donner à l'inscription, prise dans un certain délai, un effet rétroactif remontant au jour où cette formalité a pu être utilement accomplie. Cependant, comme les droits de cette nature ne peuvent rester longtemps incertains, l'absence d'inscription, dans une courte période fixée par la loi, ferait

encourir une déchéance en repoussant le rang de l'hypothèque à la date de sa manifestation extérieure.

Mais l'effet suspensif attaché à la légalité peut être parfaitement justifié par des considérations d'équité et d'utilité pratique. Malgré la disposition générale de l'art. 2134 qui pose en principe, qu'entre les créanciers, l'hypothèque soit légale, soit judiciaire, soit conventionnelle n'a de rang que du jour de l'inscription et celle de l'art. 2136 qui prescrit « *aux maris et tuteurs de rendre publiques les hypothèques dont leurs biens sont grevés, et, à cet effet, de requérir eux-mêmes, sans aucun délai, inscription aux bureaux à ce établis, sur les immeubles à eux appartenant et sur ceux qui pourront leur appartenir par la suite* », on trouve quelques exemples de semblable tolérance dans notre législation : et, précisément, dans sa partie la plus récente.

L'art. 6 de la loi du 23 mars 1855 accorde un délai de quarante-cinq jours pour opérer la transcription, qui conserve les privilèges du vendeur et du co-partageant, et l'art. 2109 du Code civil un délai de soixante jours pour la conservation du privilège du co-partageant, et dans l'ordre d'idées où nous sommes, la femme est munie d'un délai d'un an après la dissolution du mariage pour inscrire son hypothèque (art. 8 de la loi du 23 mars 1855 qui étend cette disposition au mineur parvenu à sa majorité). L'art. 16 du projet lui-même accorde un délai de trois mois pour la conservation du privilège de séparation des patrimoines.

Cela se justifie par l'équité ; en effet, le droit est né ; son efficacité ne dépend que d'une formalité toute extrinsèque, étrangère à l'existence et à la validité de l'hypothèque et qu'il n'était pas possible d'accomplir plus tôt ; il est donc juste d'en faciliter l'accomplissement. Comme les effets de la garantie accordée par la loi sont subordonnés à sa publicité, il ne faudrait pas donner la faculté de l'anéantir par une manœuvre à laquelle il sera facile de recourir. Si au moment du mariage, le mari a rarement des immeubles sur lesquels puisse reposer le droit hypothécaire de la femme, les apports de celle-ci lui sont, néanmoins, confiés en considération des biens qui doivent lui advenir dans la suite ; en refusant à la femme la faculté de s'inscrire, dans un certain délai, après l'arrivée de ces biens dans le patrimoine du mari, avec effet rétroactif au jour de cette entrée, on risque de la voir devancer par des créanciers dont le zèle intéressé sera peut-être respectable, mais dont, en réalité, les droits seront plus récents. En tous cas, il pourra y avoir là l'occasion d'une entente, sinon frauduleuse, au moins très préjudiciable à la femme. La conservation des droits hypothécaires sera le prix d'une course, et le premier créancier arrivé ne sera pas toujours le plus digne d'intérêt, car la femme, qui redoute de donner à son mari une preuve de défiance, ne voudra pas montrer toute la précipitation qui serait nécessaire pour acquérir le rang auquel elle pourrait légitimement prétendre.

Plusieurs législations étrangères ont accordé un délai à la femme et le projet de réforme de 1850, bien qu'ayant proclamé d'abord le principe de l'art. 2134 du Code civil, admettait dans son art. 2149 que, lorsque le mari acquerrait de nouveaux biens depuis le mariage, la femme ou ceux qui agissaient dans son intérêt, avaient deux mois pour prendre inscription sur ces biens et que, pendant ce délai, aucune autre inscription ne pouvait être prise au préjudice de celle de la femme qui remontait ainsi au jour de l'acquisition et n'était primée que par les privilèges.

En l'absence d'une disposition analogue dans le projet de 1896 pour l'inscription à prendre sur les biens adventifs du mari, on peut craindre que celui-ci, au moment où il les recueille, ne les grève de manière à rendre illusoires les droits de la femme. Sous l'empire du Code, cet abus est impossible, parce que l'hypothèque existant sans inscription, s'imprime sur les biens au moment même où ils deviennent la propriété du mari. Mais en astreignant l'hypothèque à l'inscription, il semble que la loi doive pourvoir à ce que cette prescription puisse être remplie d'une façon efficace et utile.

Les raisons sur lesquelles on peut s'appuyer pour repousser toute exception à la règle de l'art. 18 consistent, d'abord, dans la répugnance que doit avoir le législateur de porter atteinte aux principes en y admettant des dérogations qui en détruisent toute la portée, puis, dans la crainte d'introduire dans le fonctionnement du

système et la tenue des registres hypothécaires des complications gênantes en donnant, parfois, un effet rétroactif aux inscriptions prises. L'on peut encore, au point de vue du fond, faire observer qu'en général, les événements qui amènent des transformations dans le patrimoine du mari peuvent être prévus par la femme ; souvent celle-ci sait à l'avance que des biens vont advenir à son mari, il est rare que ces faits se produisent à l'improviste et qu'elle n'en soit pas informée ; elle peut donc prendre des dispositions pour opérer, en temps utile, la formalité qui doit assurer l'efficacité de la garantie que la loi lui accorde.

Il est vraisemblable que par voie d'amendement, le Parlement sera appelé à se préoccuper de cette question ; comme il existe des motifs également sérieux de part et d'autre, le législateur se prononcera dans un sens ou dans l'autre, suivant qu'il montrera l'intention d'assurer des effets à l'hypothèque de la femme, en favorisant par le plus de moyens possibles son inscription, ou suivant qu'il considérera que l'existence de cette protection n'est pas indispensable au fonctionnement de nos institutions civiles.

Pour l'hypothèque prise en vertu du contrat, il n'était guère possible d'admettre une autre solution que l'application du principe de l'art. 2134, en présence de la faculté de surseoir à l'inscription accordée par l'art. 19. Cette disposition entraîne la nécessité formelle de faire prendre rang à l'inscription à sa date tout au moins,

dans le cas où les parties déclareront vouloir user de cette faculté de sursis.

Dans toute autre hypothèse, il aurait pu être décidé que l'inscription requise avant le mariage, source de droit hypothécaire, prendra rang seulement du jour de sa célébration ; ce qui aurait eu l'avantage théorique de ne pas donner naissance et effet au droit accessoire, alors que le droit principal de créance ne naît qu'au moment du mariage. Au point de vue pratique s'il était décidé que l'inscription ne prendra rang qu'à dater du jour du mariage, cette disposition aurait l'avantage d'éviter le recours aux formalités énoncées dans le § 5 de l'art. 19, lorsque l'union projetée ne s'accomplit pas. Il est vrai que, modifié sur ce point, le projet de loi aurait introduit une certaine complication dans la tenue des registres, seulement, en vue d'une éventualité qui se produit rarement.

En tous cas, par la soumission des effets de l'hypothèque légale à la publicité et par la fixation de son point de départ à la date de l'inscription, disparaît la controverse qui s'était élevée sur le point de savoir si l'hypothèque légale de la femme remontait au jour de la célébration du mariage ou au jour de la formation du contrat, controverse qui se fondait sur l'opposition des art. 2194 et 2135.

Par là aussi, est anéantie la théorie d'après laquelle la détermination faite par le Code dans l'art. 2135 du rang des différents droits hypothécaires de la femme,

d'après l'origine et la date des créances garanties est d'ordre public comme intéressant les tiers et qu'il est interdit d'y déroger. L'al. 2 de l'art. 18 dit expressément que l'art. 2135 n'est abrogé qu'en ce qui concerne la dispense d'inscription qu'il édicte ; il semble donc que ses dispositions relatives au classement des différentes créances de la femme et à la fixation de leur rang soient conservées ; oui, certes, il en est ainsi dans les rapports des époux, mais le caractère de disposition d'ordre public n'aura plus d'objet : les parties pouvant, dorénavant, régler vis-à-vis des tiers l'hypothèque légale à leur gré, puisque celle-ci ne produira plus un effet utile du jour où la créance aura pris naissance, mais du jour où une inscription l'aura fait apparaître.

De la péremption et de la soumission au renouvellement. — Aussi bien, en édictant d'une façon absolue le principe de l'art. 18 que dans l'ensemble de ses dispositions, le projet de loi fait une assimilation complète, au point de vue des effets de l'inscription, entre l'hypothèque légale et l'hypothèque conventionnelle, et, comme d'autre part, il ne formule pas expressément le contraire, il faut en conclure qu'il y a lieu d'appliquer à l'hypothèque légale de la femme les règles de la péremption, telle qu'elle est organisée aujourd'hui.

Dans un pays comme le nôtre, où la publicité de la propriété et de ses charges est personnelle, pour des considérations d'utilité pratique, on a dû admettre la

limitation à un certain temps des effets de l'inscription, sous peine de créer aux bureaux de conservation des hypothèques de très sérieuses difficultés, qui auraient été la source de nombreuses erreurs et d'une responsabilité qu'aucun conservateur n'aurait voulu assumer. Théoriquement, on ne comprend pas la nécessité de la réitération, car le renouvellement d'une inscription n'ajoute rien à la publicité primitivement opérée. Aussi, les législations des pays où la publicité est réelle, où existe l'institution des livres fonciers, n'ont pas soumis les droits hypothécaires à la péremption.

Pour les hypothèques conventionnelles, les inconvénients pratiques qu'entraînerait l'effet indéfini des inscriptions justifient leur limitation temporaire. Entre créanciers et débiteurs ordinaires, le délai de dix ans est l'objet d'une surveillance particulière de la part du capitaliste qui a le souci de ses intérêts vis-à-vis d'un étranger. Comme beaucoup d'obligations ne sont pas souscrites à une aussi longue échéance, il n'y a pas toujours lieu de se préoccuper de l'expiration de la période décennale, et la péremption présente dans un grand nombre de cas, lorsque la dette est éteinte à une époque voisine de son terme, l'avantage de faire disparaître par le moyen d'une simple omission, une inscription hypothécaire dont les causes n'existent plus ; elle évite les frais de radiation.

Mais, pour l'hypothèque légale de la femme, qui conserve une créance à long terme et où les parties par

leur situation d'époux sont loin d'être en opposition d'intérêts, de sorte que leur attention à conserver leurs garanties respectives n'est pas constante, l'obligation au renouvellement décennal peut être pleine de dangers pour la femme.

Aujourd'hui, la règle de l'art. 2154 s'applique sans inconvénient à l'hypothèque légale de la femme (1), lorsque, par suite d'un concours de circonstances quelconques, elle se trouve inscrite, puisque le défaut de renouvellement ne nuit pas plus à la femme que le défaut d'inscription ; lorsque cette dernière est périmée, elle est dans la même situation que si elle n'avait pas été inscrite ; elle conserve le droit d'invoquer, à toute époque, son hypothèque légale avec le bénéfice du rang que lui attribue l'art. 2132.

Mais il n'en sera pas de même sous le prochain régime, où l'efficacité de l'hypothèque dépendra de l'inscription régulière.

C'est pourquoi, la loi de brumaire an VII, qui subordonnait les effets de l'hypothèque légale à l'inscription, avait décidé dans son art. 23 que cette inscription n'était pas assujettie à la nécessité du renouvellement, et qu'elle conservait son effet sur les époux pour tous leurs droits et conventions de mariage, soit déterminés, soit éventuels, pendant tout le temps du mariage et une année après.

(1) Avis du Conseil d'Etat des 15 décembre 1807 et 22 janvier 1808.

Et le projet de 1850 disposait dans son art. 2171, non seulement, que l'effet des inscriptions durerait trente ans, mais encore que ce délai était prorogé en faveur des femmes mariées, pendant toute la durée du mariage et l'année qui suivrait sa dissolution. Car, disait-on, le mariage peut durer plus de trente ans et comme, en général, personne ne songerait à renouveler l'inscription, le droit hypothécaire périrait.

Les mêmes raisons d'accorder la dispense de renouvellement subsistent aujourd'hui. Néanmoins, dans le projet de 1896, cette question est passée sous silence et c'est, évidemment, le résultat d'une omission volontaire.

Y a-t-il lieu de réclamer l'adjonction d'une disposition analogue à celle de la loi de brumaire et à celle du projet de 1850, dont les grandes lignes ont été suivies par la Chancellerie ? D'excellents motifs, fondés sur l'efficacité que doit présenter la protection des droits de la femme nous y pousseraient, mais, d'un autre côté, les mêmes raisons qui ont obligé le législateur à établir la prescription ne s'y opposent-elles pas ? Comment vaincre sur ce point les difficultés matérielles qui empêchent d'attribuer une trop longue durée aux inscriptions ?

Ce qui pourrait certainement être fait sans inconvénient, c'est faciliter l'accomplissement des formalités de renouvellement au profit des incapables, en les exonérant de tous frais et en dispensant les bordereaux de

reproduire toutes les énonciations de la première inscription qu'ils doivent encore contenir, et attacher les effets de renouvellement à une simple manifestation de volonté, qui suffira pour que le conservateur opère la reproduction de l'inscription précédente.

Dès causes qui arrêteront le cours des inscriptions. —

En principe, il n'y a pas de délai fatal pour requérir inscription. Dans les dispositions du projet de loi relatives à l'hypothèque légale de la femme, la plus grande latitude est laissée aux parties, sur ce point, par la faculté de surseoir et l'absence de tout moyen de l'assurer d'office. Aussi cette formalité peut être remplie tant que le droit principal de créance n'est pas éteint. Naissant avec le mariage qui est la source de l'hypothèque légale, le droit accessoire d'hypothèque durera autant que lui. Mais, après la dissolution du mariage, la femme sera-t-elle admise à requérir inscription ? Bien que le projet ne s'en explique point, son silence ne peut faire naître aucun doute. La femme pourra toujours inscrire son hypothèque après la dissolution du mariage, au moins jusqu'à la prescription des droits de créance acquis sur son mari, mais elle ne prendra rang qu'au jour de l'inscription, la règle de l'art. 18 étant absolue. Bien qu'elle ne soit soumise qu'à la prescription de trente ans, dont le point de départ sera réglé par les dispositions de l'art. 2135, en fait, la femme n'aura jamais l'occasion de jouir d'un aussi long délai.

En effet, son hypothèque étant astreinte à la publicité qui est indispensable pour lui assurer l'efficacité, elle ne sera, en conséquence, susceptible d'être inscrite pour être rendue opposable aux tiers, que jusqu'à l'arrivée de l'un des événements qui arrêtent le cours des inscriptions. Le seul fait de l'un de ces événements entraîne, du reste, la déchéance irrémédiable pour la femme, aucun délai de faveur ne lui étant accordé pour faire inscrire son hypothèque, avec effet rétroactif, au jour où cet événement s'est accompli, comme la loi le dispose à l'égard du vendeur et du copartageant pour la conservation de leur privilège après la transcription. Les défenseurs les plus déterminés de la sûreté réelle donnée à la femme pourront regretter l'absence d'une semblable faculté à son profit, mais, rien n'autorise l'attribution d'une pareille faveur : il y a lieu de redouter la généralisation des mesures exceptionnelles qui, pour être favorables à une certaine catégorie de personnes, deviennent gênantes pour la masse.

L'hypothèque légale de la femme sera donc destituée de toute efficacité, non seulement, au point de vue du droit de suite, mais encore au point de vue du droit de préférence, comme celle que se serait fait constituer tout autre créancier n'ayant pas pris inscription. La femme n'aura même pas le délai de quinzaine qu'accordaient, avant la loi de 1855, les art. 834 et 835 du Code de procédure civile. Bien que la loi, qui a supprimé ces

articles, soit abrogée par le projet, cela n'a pas pour effet de faire revivre ces dispositions.

La Chancellerie a, d'ailleurs, bien marqué son intention de faire produire cet effet définitif à la transcription (art. 17), en prescrivant au conservateur d'inscrire d'office, en même temps, le privilège du vendeur, qui bénéficie sous le Code d'un délai de quarante-cinq jours pour la conservation du droit de suite et de soixante jours pour le droit de préférence, en n'accordant plus pour la conservation de ce dernier qu'un délai de trente jours au vendeur.

La situation de la femme est d'autant plus profondément modifiée pour l'obligation de faire inscrire son hypothèque, avant toute transcription de l'acte translatif de propriété d'un bien appartenant à son mari, que, dorénavant, l'art. 3 du projet soumet à la transcription toutes les mutations de propriété qui ne l'étaient pas encore, comme les testaments, partages, inventaires ou, à défaut de ces actes, les déclarations de successions ; de sorte que son gage sera fréquemment exposé à lui échapper par le défaut d'inscription, ce qui aura pour conséquence de la soumettre à la loi du concours avec les créanciers chirographaires.

Pour les expropriations pour cause d'utilité publique, elles continuent d'être réglementées à ce sujet par les art. 16 et 17 de la loi du 3 mai 1841, qui accordent un délai de quinze jours après les transcriptions du jugement d'adjudication.

En ce qui concerne la faillite du mari, les mêmes raisons qui font refuser aux créanciers ordinaires la faculté d'inscrire leurs hypothèques, à partir du jour du jugement déclaratif de faillite ou même le jour de ce jugement, feront-elles déclarer nulles les inscriptions requises par la femme en vertu de son hypothèque légale ? On pourrait le penser puisque la nouvelle loi fait une assimilation complète, au point de vue du mode et du rang de l'inscription, entre les hypothèques légales et les hypothèques conventionnelles ; d'ailleurs, la fraude que la loi redoute et cherche à éviter est surtout possible, quand il s'agit de la femme. Quel créancier est plus qu'elle-même disposé à tenir par complaisance son hypothèque secrète, afin de tromper les tiers sur la solvabilité de son mari, on peut mieux qu'elle être de connivence avec celui-ci pour opérer une inscription exagérée ou représentant une créance fictive ?

Pour l'inscription qu'elle viendra à requérir, depuis l'époque déterminée par le Tribunal comme étant celle de la cessation des paiements ou dans les dix jours qui précèdent et avant le jugement déclaratif de faillite, y a-t-il lieu de faire la distinction de l'art. 448 du Code de commerce et ne l'admettre à cette faculté que si la constitution d'hypothèque est antérieure de plus de quinze jours à la date de l'inscription ?

Il faudra, croyons-nous, envisager différentes hypothèses et distinguer, comme le font les art. 19 et 20 du projet, entre l'hypothèque prise en vertu des détermi-

nations faites au contrat (art. 19), et l'hypothèque dont l'inscription peut être requise au cours du mariage, pour quelque nouvelle cause de créance née au profit de la femme.

Disons tout de suite que l'hypothèque de la femme, dérivant du mariage, existera nonobstant l'imminence de la faillite, car l'art. 446, al. 4 du Code de commerce, qui prononce la nullité par rapport aux tiers des actes que peut faire le débiteur, ne cite que les hypothèques conventionnelles et judiciaires; la nullité étant de droit étroit, l'hypothèque légale est donc exclue de cette disposition qui ne saurait lui être étendue, malgré la modification qui y est apportée et le caractère consensuel qu'elle paraît revêtir par sa détermination dans le contrat de mariage. Ceci constaté pour le cas où le mariage aurait lieu pendant la période suspecte.

Dans cette même hypothèse, pour l'hypothèque déterminée au contrat, constituée par le fait même du mariage, elle existe. Quel sera l'effet de l'art. 448 du Code de commerce sur son inscription? La femme sera-t-elle exposée, sous l'empire de ce projet, à voir déclarer nulle cette inscription, lorsqu'elle l'aura requise plus de quinze jours après le mariage? La stricte application de la lettre du texte permet de croire qu'il en pourrait être ainsi, et que si ce délai de quinze jours s'est écoulé depuis la naissance de l'hypothèque, qui résulte du mariage, les tribunaux pourront annuler l'inscription, lorsqu'il viendrait à être prouvé que la

femme a retardé l'accomplissement de cette formalité essentielle pour ménager à son mari un crédit factice et l'a aidé, ainsi, à tromper les tiers qui traitent avec lui. Dans une circonstance analogue, il paraît bien impossible qu'une semblable manœuvre soit pratiquée par la femme. On ne peut supposer que cette hypothèse se présente fréquemment dans la pratique, et il n'y a pas lieu de s'y appesantir.

Lorsque l'hypothèque a été déterminée dans le contrat, et que le mariage a été célébré avant l'ouverture de la période suspecte, si l'inscription n'en est prise par la femme qu'après la cessation des paiements ou dans les dix jours qui précèdent, là, malgré le caractère de légalité de l'hypothèque, l'inscription pourra-t-elle être déclarée nulle, s'il s'est écoulé plus de quinze jours depuis le mariage ? Il est possible qu'en retardant son inscription, la femme ait eu pour but de procurer à son mari un crédit factice, mais il se peut également qu'elle ne l'ait requise si tard que sur les instances de celui-ci et il est difficile de la rendre responsable du résultat de la pression exercée sur elle. D'autre part, la présomption de fraude que la loi établit à l'encontre des créanciers qui se sont inscrits tardivement, peut-elle s'appliquer là, puisque la détermination du droit hypothécaire a été faite à une époque où il n'y avait pas la même raison d'en exagérer l'évaluation ? N'est-on pas en présence d'un droit accessoire à un acte qui échappe, par sa nature, à la réglementation de la faillite ? C'est ce qu'il

nous semble et nous croyons que, dans ce cas, la femme pourra requérir l'inscription de l'hypothèque, qui aura été déterminée à son contrat de mariage, jusqu'au jour du jugement déclaratif de faillite.

Supposons, maintenant, qu'il s'agisse d'une inscription prise en vertu de l'art. 20. Pour celle-là, il n'en est pas tout à fait de même. La fraude est possible, le mari peut faire prendre inscription à sa femme ou la prendre lui-même, au nom de celle-ci, pour une somme exagérée, afin de léser ses créanciers. Ici l'on tombe sous le coup des actes frauduleux et l'on doit décider que, si cette collusion était établie, l'inscription devra être annulée pour le tout.

Autre hypothèse : Une inscription est requise par la femme ou les personnes qui sont admises à le faire pendant la période suspecte, en vertu de l'art. 20, sur des biens adventifs qui ne sont entrés dans le patrimoine du mari que pendant cette même période ou à une époque récente, est-ce que, dans ce cas, la femme ne pourra pas repousser victorieusement toute réclamation des autres créanciers, en faisant observer que la présomption de fraude ne saurait être invoquée, puisqu'il était impossible de prendre inscription avant, faute de biens sur lesquels on pourrait la faire porter.

Il semble que cela n'est pas douteux ; ici, la collusion que le projet redoute est impossible.

En un mot, toute inscription que pourra prendre la femme, dorénavant, après l'époque de la cessation des

paiements ou pendant les dix jours qui précèdent, pourra de suite paraître suspecte. Mais l'on doit décider qu'elle ne sera susceptible d'être annulée que si l'on parvient à établir une entente frauduleuse entre le mari et la femme, et qu'elle ne saurait être attaquée, lorsqu'il s'agira de l'hypothèque déterminée et évaluée au contrat de mariage, à quelque moment que l'inscription en soit prise, ou de celle qui sera requise, en vertu des dispositions de l'art. 20, lorsqu'elle affectera des biens adventifs dont l'entrée dans le patrimoine du mari aura eu lieu à une date récente.

Ces questions n'ont d'intérêt, d'ailleurs, que pour les biens susceptibles de servir d'assiette à l'hypothèque de la femme d'un commerçant failli ; ceux possédés par le mari avant le mariage ou acquis depuis par lui, à titre gratuit, puisque l'art. 563 du Code de commerce soustrait au droit hypothécaire de la femme les biens acquis, à titre onéreux, au cours du mariage, et qu'il n'est rien innové sur ce point.

Bien qu'il ne soit fixé aucun délai à la femme pour prendre inscription, après la dissolution du mariage et, qu'en principe, elle puisse user de cette faculté, tant que son hypothèque n'est pas éteinte par les voies légales ; la mort du mari, suivie de l'acceptation sous bénéfice d'inventaire de sa succession, l'empêchera également de conserver son droit par l'accomplissement de cette formalité, puisque cet événement arrête encore le cours de toute inscription d'hypothèque ou de

privilege, en admettant que la transcription de quelque acte constatant la mutation de propriété n'ait pas, déjà, fait encourir cette déchéance à la femme (art. 3 du projet).

II. — Des personnes chargées ou admises à requérir inscription.

Puisque l'hypothèque légale de la femme ne doit avoir d'effet que par l'inscription, à la manière dont la future loi organisera les mesures destinées à la faire opérer, on verra dans quel esprit la réforme aura été faite. Si les mesures les plus étroites, pourvues des sanctions les plus fermes, sont prises, c'est que le législateur aura considéré l'hypothèque légale de la femme comme nécessaire au fonctionnement des règles qui président aux rapports pécuniaires des époux, et qu'il aura décidé que la protection du patrimoine de la femme est indispensable dans nos institutions civiles. Si, au contraire, l'inscription n'est pas assurée par des moyens rigoureusement impératifs, c'est qu'il aura considéré la réforme de notre système hypothécaire comme un acheminement à la suppression de toute garantie légale au profit de l'épouse, et qu'il adoptera le principe contraire à celui de la législation du Code, admettant que les sûretés données aux incapables sont d'ordre public.

Laquelle de ces tendances paraît avoir adoptée le pro-

jet de la Chancellerie ? Il semble au fond que ce soit la seconde, bien qu'il essaye, en la forme, de prendre un moyen terme et de concilier les deux courants.

D'abord, l'impulsion primitive qui a guidé ses rédacteurs est de faciliter le crédit, en débarrassant la propriété foncière des charges réelles occultes qui la grèvent. Il est déclaré, dans l'exposé des motifs, que les garanties accordées aux incapables étant *exagérées et préjudiciables à la masse* et que, tout en les conservant, il importait de les limiter. Ayant adopté ce point de départ, il semble que les conséquences, auxquelles est arrivé le projet, soient d'assurer assez imparfaitement l'inscription de l'hypothèque légale de la femme. Si, d'un côté, il s'exprime en termes impératifs, lorsqu'il dispose que « *tout contrat de mariage détermine la somme pour laquelle la femme aura hypothèque sur les immeubles de son mari, que ce même contrat désigne ceux des immeubles sur lesquels portera l'hypothèque et, qu'à défaut de cette désignation, l'hypothèque portera sur tous les immeubles présents ; que le notaire devra prévenir les parties que l'hypothèque n'aura d'effet que par l'inscription, et qu'il ne peut être convenu que l'inscription ne sera jamais prise* » ; d'un autre côté, non seulement il permet de surseoir à l'inscription sans fixer de délai, mais encore il ne charge personne, *sous une sanction si faible qu'elle soit*, de l'opérer. Il est certain qu'il y a là une lacune. Si l'on admet le premier point de vue, qu'il faille accorder à la femme une pro-

tection efficace, il reste des mesures à prendre ; autrement il peut être à craindre que l'on ne se conforme pas plus au vœu de la loi, dépourvu de sanction, qu'on ne se conforme, aujourd'hui, à ses prescriptions dans le même sens. Et cependant, la différence sera essentielle : à l'heure actuelle, le résultat est le même, qu'on prenne ou non inscription ; dorénavant, la conséquence de l'inobservation de cette formalité sera l'absence de toute garantie pour la femme.

Sans prendre parti, voyons le système adopté et quelles autres mesures (dont certainement dans la discussion on réclamera l'établissement), on aurait pu organiser.

Le projet de loi divise en deux classes les personnes qui peuvent prendre inscription, au profit de la femme : celles qui en sont chargées et celles qui y sont, seulement, autorisées.

Les premières sont le mari et la femme ; l'art. 20 dit formellement : « *Toute inscription qui pourrait devenir nécessaire pendant le mariage sera prise par le mari ou par la femme elle-même, sans aucune autorisation, sur des immeubles et pour des sommes déterminées.* »

L'exception considérable déjà apportée par le Code dans l'art. 2139 *in fine* aux principes qui règlent l'exercice de la puissance maritale, est maintenue avec raison. Le Code, dans cet art. 2139, ne relevait pas complètement la femme de son incapacité, aussi pouvait-on prétendre que l'application des principes généraux em-

pêchait la femme d'agir dans cette circonstance, comme dans toute autre, sans l'autorisation de son mari ; mais cette solution était si contraire au but du législateur que le droit de la femme à agir seule n'a jamais été sérieusement contesté. Néanmoins, le projet a bien fait de déclarer explicitement que l'autorisation maritale ne lui serait pas nécessaire pour requérir inscription. C'est, d'ailleurs, principalement sur la femme elle-même que l'on doit compter : le mari sera peu disposé à remplir cette obligation ; il s'efforcera toujours de dissimuler les charges qui grèvent son patrimoine, surtout tant qu'aucune sanction n'interviendra pour le contraindre à les rendre publiques. L'opposition de ses intérêts, sur ce point, est si évidente que l'on peut même s'étonner que la loi prenne la peine de donner un ordre tout platonique.

Chose remarquable, pour l'hypothèque déterminée au contrat, le projet de la Chancellerie ne charge ni n'autorise personne à prendre inscription. Pourquoi ce silence qui ne saurait signifier, évidemment, l'exclusion de tous de cette faculté ? La loi n'a pas cru devoir régler cette question par le détail, parce qu'il n'a pas paru qu'elle doive faire de difficultés : il faut décider que toutes les personnes, parties au contrat, pourront le faire, mais en auront, seulement, le pouvoir sans que cela leur soit imposé. En effet, en édictant l'obligation de déterminer cette garantie et en disposant que le notaire devra prévenir les parties que l'hypothèque n'aura d'ef-

fet que par l'inscription, le projet n'a pas entendu pour cela mettre expressément les parties dans l'obligation de le faire ; autrement, cette charge leur eût été explicitement imposée, et son inobservation se serait traduite par l'allocation de dommages-intérêts à la femme. Comme c'est une simple faculté qui est accordée, tout le monde peut se prévaloir du défaut d'inscription, sauf le mari, qui nous paraît en être chargé dans l'esprit du projet, et ses héritiers.

Si l'on examine quelles sont les personnes parties au contrat, on voit combien est fondée l'attribution de cette faculté à leur profit. En effet, ce sont, outre les futurs époux eux-mêmes, les parents du futur époux mineur, dont le consentement est nécessaire pour l'habiliter à régler ses conventions matrimoniales, les personnes qui y ont figuré pour faire des donations aux futurs ou à l'un d'eux, et aussi les tiers qui s'y sont engagés comme cautions au paiement de la dot promise, ou qui y ont constitué une hypothèque destinée à en assurer le paiement. Ce sont donc, d'une manière générale, les personnes qui ont fourni la dot ou qui ont un intérêt, tout au moins, d'affection à ce qu'elle soit conservée. Donc, on conçoit bien, que sur cet intérêt et sur la part prise par elles à la détermination de l'hypothèque se fonde le droit de prendre inscription. Beaucoup d'entre elles peuvent justifier d'un intérêt matériel à ce que l'inscription soit prise : la femme qui est créancière, ses parents et ses héritiers qui sont

créanciers éventuels, personnes qui sont d'une manière générale les mêmes que celles énumérées dans l'art. 20, comme jouissant de cette faculté pour l'inscription d'une hypothèque ne présentant plus aucun caractère consensuel mais qu'elles estiment devenue nécessaire, et pour l'appréciation de laquelle elles jouissent, quant à son étendue, d'un pouvoir soumis à une condition qui peut n'être que de pure forme.

Nous ne croyons pas qu'il soit nécessaire que le projet s'exprime sur ce point d'une façon plus explicite ; son intention ressort pleinement de l'esprit général du texte, mais nous verrons plus loin quelles adjonctions seront, vraisemblablement, demandées sur cette matière pour assurer l'inscription de l'hypothèque déterminée au contrat.

Nous avons dit, qu'à l'imitation du Code, le projet admet certaines personnes à la faculté de requérir l'inscription de l'hypothèque légale. Sur ce point la liste du projet est plus étendue que celle du Code qui ne comprend que les parents du mari et ceux de la femme. Le § 2 de l'art. 20 énumère, en effet, les personnes suivantes : les parents et alliés de la femme en ligne directe et en ligne collatérale, au degré de frère, de sœur, d'oncle et de tante. En investissant toute une nouvelle série de personnes, le projet de loi paraît multiplier les occasions de faire inscrire l'hypothèque légale de la femme, mais comme il ne s'agit pas d'une obligation qu'il impose, il est très douteux que, dans la

pratique, ces personnes se préoccupent de remplir le vœu de la loi et qu'elles se soucient de s'attirer par leur intervention l'inimitié du mari pour la mesure de défiance prise à son endroit, sans préjudice de la responsabilité personnelle qu'elles pourraient encourir vis-à-vis de ce dernier, s'il venait à établir que cette mesure était inopportune et vexatoire.

On peut se demander si les personnes admises à requérir toute inscription, qui pourrait devenir nécessaire pendant le mariage, peuvent faire inscrire l'hypothèque déterminée au contrat de mariage, quand elles n'y ont pas été parties, lorsqu'elles viennent à le juger utile et qu'elles ont connaissance par un moyen quelconque des évaluations faites au contrat. Peut-on leur refuser cette faculté, en prétextant que si l'on a négligé de prendre inscription, elles ne sauraient se croire autorisées à réparer cette omission? Non, ce serait exagérer la portée du texte et de la distinction, peut-être trop marquée, qui est faite dans les art. 19 et 20 entre l'hypothèque déterminée au contrat et celle dont l'inscription peut être requise, au cours du mariage. Il faut décider que ces personnes pourront requérir cette inscription, parce que l'art. 20 est conçu dans les termes les plus généraux et qu'il permet d'user de cette faculté, toutes les fois qu'il est jugé qu'une inscription est devenue nécessaire.

Cela ne doit pas faire de doute, lorsque les parties

n'ont pas convenu qu'il serait sursis à l'inscription : toutes les fois qu'une de ces personnes pensera qu'il est urgent, pour la conservation des intérêts de la femme, de faire inscrire son hypothèque, elle pourra le faire conformément aux déterminations du contrat relatives aux droits évalués et aux immeubles grevés, si elle a pu se procurer ces renseignements. Mais, si les parties ont décidé qu'il serait sursis à l'inscription, ces personnes peuvent-elles, agissant dans le but très louable d'assurer une garantie pour sauvegarder le patrimoine de la femme, user de la faculté que la loi leur accorde avant l'expiration du délai convenu, s'il en a été fixé un par les époux dans le contrat de mariage.

La généralité des termes du projet, « *toute inscription qui pourrait devenir nécessaire pendant le mariage, les parents pourront requérir l'inscription...* », permet de croire que l'opportunité de cette initiative est entièrement laissée à l'appréciation des personnes qui y sont énumérées, et l'on n'a pas prévu le cas où il y aurait conflit entre les stipulations du contrat et la survenance d'événements qui pourraient justifier et même nécessiter l'usage du droit accordé par l'art. 20, qui paraît en autoriser l'exercice d'une manière générale, au cours du mariage, suivant les circonstances. Nous ne pensons pas, à défaut d'une disposition formelle de la loi, que la convention de sursis intervenue entre les parties dans le contrat puisse paralyser l'initiative que la loi permet de prendre aux personnes énumérées dans l'art. 20, lors-

qu'il s'agit d'une situation nouvelle (naissance de nouvelles créances au profit de la femme, par des engagements contractés par elle dans l'intérêt du mari ou par l'arrivée d'une succession, à son profit, qui tombe sous l'administration du mari).

Cet article nous paraît énoncer un principe général, sans l'accompagner d'une exception quelconque, tandis que les termes dans lesquels le § 3 de l'art. 19 introduit la faculté de sursis donnent à cette disposition un caractère plutôt exceptionnel, sinon dans la lettre, tout au moins dans l'esprit du texte. L'interprétation respective que doit recevoir cette disposition nous permet de croire qu'elle ne peut faire échec à l'exercice du droit concédé par l'art. 20.

Mais nous pensons que la clause de sursis doit empêcher l'inscription qui serait prise pour la dot ou les conventions matrimoniales, d'après les déterminations faites au contrat. Les conventions font les lois des parties, celle intervenue dans le contrat de mariage liant les parties est obligatoire pour les tiers, si certains parents de la femme pouvaient prendre inscription, ils auraient plus de droits que la femme elle-même, et ce serait un moyen détourné de modifier les stipulations du contrat ; ce serait porter atteinte au principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales. Si le désordre des affaires du mari inspire des craintes pour la dot de la femme, il y a, d'ailleurs, d'autres remèdes que celui de l'inscription de l'hypothèque légale.

Nous n'hésitons pas à donner ces deux solutions différentes, suivant les hypothèses que nous avons distinguées et la dernière, aussi bien lorsqu'il aura été stipulé qu'il sera sursis à l'inscription d'une manière indéterminée et indéfinie, que lorsqu'un terme aura été fixé au sursis convenu.

Dans les hypothèses que nous avons envisagées, il y aura, du reste, quelqu'un qui aura qualité pour trancher les conflits de cette nature qui pourront se présenter : ce sera, lorsqu'il y aura contestation, le président du tribunal, statuant, au sujet de l'intervention que l'on sollicite, comme juge des référés.

Et cela nous amène à examiner dans quelles conditions, les personnes énumérées dans le § 2 de l'art. 20 pourront user de la faculté de prendre inscription au profit de la femme.

Condition d'exercice de cette faculté. — En raison, tant des principes généraux que de la place du texte qui leur accorde cette faculté (§ 2 de l'art. 20), ces personnes ne pourront requérir inscription que sur des immeubles et pour des sommes déterminées, ainsi qu'il est prescrit au § 1^{er} de l'art. 20. Il leur faudra donc faire une évaluation des droits de la femme et préciser les immeubles qui seront affectés à la garantie. Cela ne fait pas de doute. Mais, y aura-t-il lieu de leur demander des justifications tant sur la nécessité de l'inscription que sur le montant des droits évalués ? Le texte ne le

dit pas et il ne paraît pas que ces personnes doivent être astreintes à fournir des justifications précises ; la seule obligation qui leur soit imposée c'est d'obtenir l'autorisation du président du tribunal et, c'est dans les conditions où cette autorisation interviendra, qu'il faut chercher la solution des difficultés qui pourront s'élever à ce sujet. Cette autorisation aura-t-elle un caractère de pure forme ou ne devra-t-elle être accordée qu'en connaissance de cause ?

Elle ne peut être de pure forme. Le magistrat auquel sera adressée la requête pourra examiner si la demande n'est pas intempestive et si les évaluations sont fondées. Mais il ne sera guère amené à le faire que dans le cas où le mari contestera l'opportunité de cette mesure ou les estimations faites des droits de la femme. Quand il n'y aura pas d'opposition de la part du mari, — il est permis de croire que, souvent, cette requête sera adressée à son insu, — il ne semble pas qu'il y ait lieu pour le magistrat de provoquer des justifications : le projet de loi ne le dit pas et, d'autre part, il réserve au mari le droit de réduction. Les parents de la femme, qui requerront dans cette circonstance, seront, d'ailleurs, intéressés à fournir des évaluations aussi exactes que possible. Dans la plupart des cas, cela leur sera facile, ils auront par leur situation de famille des renseignements certains sur la valeur des droits à conserver. S'ils s'écartaient trop de la vérité, ils s'exposeraient à être responsables lorsqu'il viendrait à

être établi par le mari que leur intervention était vexatoire. Lorsque la requête d'inscription qu'ils auront formée sera seulement intempestive, nous ne croyons pas qu'elle engage leur responsabilité, car ils pourront toujours exciper de leur bonne foi à faire usage d'une faculté que la loi leur donne. Mais, si elle est à la fois intempestive et malicieuse, non fondée sur des droits véritables de la femme, si, sciemment, et dans le but de nuire au mari, ils ont requis inscription pour une somme exagérée qui porte atteinte à son crédit, nonobstant l'autorisation du président, ils pourront être déclarés responsables et condamnés à des dommages-intérêts pour le préjudice qu'ils auront pu lui causer de ce fait.

De même que la décision du président du tribunal ne couvrira pas la responsabilité possible de l'auteur de la requête, de même, lorsqu'elle sera rendue malgré l'opposition du mari, elle n'empêchera pas celui-ci de demander ultérieurement la mainlevée de l'inscription elle-même, s'il n'y avait aucune cause de créance appréciable, ou la réduction, si les évaluations faites au profit de la femme étaient exagérées.

Le projet de loi ne s'explique pas sur la charge des frais de l'inscription, ce qui semble indiquer, de sa part, qu'il ne tend pas à en favoriser la requête, quel qu'en soit l'auteur, comme le faisait la proposition de réforme de 1850, qui facilitait les inscriptions d'hypothèques légales en dispensant l'inscrivant de toute avance de frais.

En somme, le projet de loi, en n'édicte aucune sanction contre les personnes désignées pour prendre inscription et en n'en imposant l'obligation à aucune personne déterminée, prend des mesures que les partisans du maintien de l'hypothèque légale de la femme trouveront avec raison bien insuffisantes. En effet, en sont formellement chargés le mari et la femme seulement, pour le cas où ces inscriptions deviendraient nécessaires, d'après les circonstances, au cours du mariage. Répétons que c'est se leurrer étrangement que de supposer que le mari, au moment où son crédit est menacé, va l'anéantir lui-même uniquement pour se conformer au vœu de la loi. Quant à la femme, elle est dans un état de dépendance vis-à-vis du mari qui ne lui permet guère d'agir : même si elle a connaissance de la situation, elle peut être négligente par ignorance ou retenue par un sentiment de déférence mal entendu. Pour les autres personnes qui sont admises à le faire, on ne peut compter que sur les intérêts qu'elles porteront à la femme ou leur intérêt personnel comme successibles de celle-ci. Or, pour que cet intérêt se manifeste utilement, elles auront à remplir des formalités qui pouvant, dans certains cas, engager leur responsabilité, paralyseront leur bonne volonté.

En ce qui concerne l'hypothèque qui sera déterminée au contrat, nous avons vu que le projet ne chargeant personne de son inscription, l'application des principes généraux permet de croire que toutes les parties pour-

ront la requérir, Mais, s'il n'est rien convenu à cet égard, il risque fort d'arriver que l'inscription n'en soit jamais prise et que l'hypothèque ne produise jamais les effets que son existence légale et la détermination dont elle aura été l'objet semblent l'appeler à produire. Il y a lieu de craindre que le vœu de la loi ne soit pas obéi. Aussi, ceux qui pensent qu'une protection, comme l'hypothèque légale, doit être assurée à la femme d'une manière efficace, ne manqueront pas de réclamer des dispositions plus précises, mettant à la charge de certains officiers publics le soin d'inscrire l'hypothèque, sous une sanction qui en assurera le fonctionnement.

Quelles autres personnes pourraient en être chargées.

— L'on n'aura pas à chercher bien loin ceux qui pourront être désignés pour cet office. Les nombreux auteurs des propositions, tendant à réaliser la réforme entreprise, et de nombreuses législations étrangères tombent d'accord pour l'imposer au notaire qui reçoit le contrat. L'action de cet officier public sera sûre parce qu'elle sera indépendante, personne ne saura mauvais gré au notaire d'avoir rempli un devoir que sa charge lui impose, et parce que sa responsabilité pécuniaire pourra être engagée. Ce sera le seul moyen d'obtenir d'une façon régulière et certaine l'accomplissement de la formalité substantielle de l'inscription pour l'hypothèque déterminée au contrat ; le notaire devra être chargé de la faire inscrire dans un délai déterminé,

sauf adoption par les parties de la faculté de sursis, sous peine de se voir infliger une amende ou d'encourir une poursuite en dommages-intérêts. Le notaire est bien déjà chargé d'opérer la transcription pour les transmissions d'immeubles à titre onéreux comme à titre gratuit qu'il reçoit ; si l'on objecte à cela que c'est pour un motif d'ordre public, on peut répondre que la conservation des garanties accordées aux incapables, pour la protection de leur patrimoine, peut être considérée également comme étant d'ordre public.

Pour sauvegarder d'une manière efficace les droits des femmes, il y aura peu de chose à ajouter dans le projet qui prescrit déjà au notaire de prévenir les parties que l'hypothèque n'aura d'effet que pour l'inscription et de faire mention de cet avertissement dans le contrat : il n'y aura qu'à remplacer le § 4 de l'art. 19 qui contient cette disposition, désormais inutile, par un alinéa rédigé dans ce sens :

« Le notaire devra aviser les parties qu'il sera pris inscription par son ministère dans un délai qui ne saurait excéder un certain temps, à moins que les parties n'aient convenu de surseoir à l'inscription ou ne revuillent décharger expressément le notaire de toute responsabilité à cet égard, en déclarant qu'elles se chargent ou l'une d'entre elles personnellement de ce soin. »

D'autres fonctionnaires que le notaire pourraient en être chargés : le receveur de l'enregistrement ou le conservateur des hypothèques, lorsqu'il y a lieu à la trans-

cription ; mais étant donné que l'esprit du projet admet les parties à régler à leur gré la date de l'accomplissement de cette formalité, l'usage de cette faculté serait inconciliable avec cette obligation mise à la charge des agents de l'Etat de le faire *de plano*, à la suite du seul passage du contrat dans leurs mains, car les parties ne prennent pas contact avec ces fonctionnaires.

S'il est facile d'assurer l'inscription de l'hypothèque déterminée dans le contrat de mariage, il n'en est pas de même lorsqu'il n'existe pas de contrat de mariage ou pour les droits résultant au profit de la femme d'actes et de faits postérieurs au contrat. Différentes hypothèses peuvent être envisagées, dans lesquelles il peut y avoir un intérêt primordial pour les femmes à se munir de cette garantie. Lors de ces éventualités auxquelles fait allusion l'art. 20 en permettant à la femme ou à des personnes spécialement énumérées d'user du titre hypothécaire légal, qui est attaché à la qualité d'incapable, n'y aurait-il pas lieu de prendre des précautions semblables à celles dont l'établissement sera certainement réclamé pour le moment du contrat ? et devra-t-on charger les officiers publics à l'intermédiaire desquels on aura recours pour ces actes de prendre inscription hypothécaire pour la femme, chaque fois qu'un droit nouveau se révélera à son profit ?

Le projet de loi n'a pris aucune disposition en ce sens et son silence volontaire ne peut être que la conséquence de cet état d'esprit que nous croyons pouvoir at-

tribuer à ses auteurs, après les remarques que nous avons faites précédemment. Il n'entre pas dans leurs vues de prendre de grandes précautions pour assurer l'inscription. Mais il ne manquera pas, sans doute, de voix autorisées qui demanderont que la réforme soit complétée ou plutôt atténuée sur ce point, en se fondant sur la nécessité de protéger la femme dans le mariage et qui demanderont qu'à l'occasion d'une succession échue à la femme, par exemple, le notaire chargé de la liquidation ou qui passera l'acte par lequel le mari recevra les fonds ou les valeurs mobilières en provenant, soit tenu d'interpeller la femme à l'effet de lui faire déclarer dans l'acte, si elle entend inscrire son hypothèque légale à raison de ce fait ; en cas d'affirmative, faire déterminer les immeubles qui y seraient affectés et remplir les formalités d'inscription dans un délai fixé, — que la même obligation soit imposée, par exemple encore, au notaire qui reçoit l'acte de vente d'un immeuble propre appartenant à la femme pour sûreté du emploi ou de la restitution du prix — ou bien encore pour les engagements que la femme contracterait avec son mari pour les affaires de celui-ci ou de la communauté. En un mot, toutes les fois qu'un nouveau chef de reprises naîtra à son profit, les officiers publics recevant les actes, qui y sont relatifs, devraient obligatoirement saisir toutes ces occasions d'éclairer la femme sur ses droits et requérir, si elle ne s'y oppose pas, — auquel cas son refus devra être mentionné, —

les inscriptions d'hypothèques proportionnées aux droits de l'incapable.

Telle était la conception du projet de réforme de 1850. Elle présentait de grandes garanties pour la femme, mais dans la pratique n'est-elle pas d'une application difficile ? ou bien la prochaine loi fera une énumération longue et incomplète, probablement, de toutes les hypothèses dans lesquelles il peut naître de nouvelles créances au profit de la femme, et il y aura des cas échappant à la prévision du législateur, dans lesquels les droits de la femme seront sacrifiés ; ou bien il faudra adopter dans le texte une formule générale et les notaires ne sauraient pas toujours exactement quel sera leur devoir, faute de précision dans la loi.

Une semblable disposition, si séduisante qu'elle puisse paraître aux défenseurs déterminés de l'hypothèque de la femme, sera l'objet de difficultés et de complications de toute nature qui doivent en faire redouter l'introduction. Cependant, en 1850, avant de s'arrêter à cette solution, on avait été plus loin et on avait discuté le point de savoir, si chaque acte qui conservait les intérêts de la femme ne devait pas, nécessairement, et même contre la volonté de celle-ci, amener une inscription sur les biens du mari pour une somme correspondant à l'intérêt en cause. Mais on avait craint qu'il ne résultât de cette disposition de graves embarras dans la fortune du mari et une altération profonde de son crédit. Aussi s'était-on contenté de charger le notaire

d'avertir et d'interpeller la femme sur la question de savoir si elle entendait ou non, prendre inscription, et c'était, seulement, dans le cas d'une réponse affirmative, que le notaire était tenu de prendre inscription. Lorsque la réponse était négative, il ne s'en suivait pas pour la femme une renonciation à son hypothèque légale, elle ne faisait que surseoir à l'exercice de son droit, elle pouvait toujours la faire inscrire dans la suite, et le Procureur de la République qui était informé de l'acte passé par la femme, pouvait prendre inscription dans son intérêt, s'il reconnaissait qu'elle avait cédé à une sorte de contrainte et qu'il y avait péril pour sa fortune.

A ce sujet, remarquons que le projet de la Chancellerie a écarté de la liste des personnes qui peuvent requérir l'inscription de l'hypothèque de la femme le Procureur de la République, qui est mentionné, non seulement dans le Code, mais encore dans beaucoup de propositions de réformes conçues dans le même esprit que celle de 1896. Il faut le féliciter de ce qu'il n'a pas pris, à cet égard, une disposition inutile.

Du moment où l'immixtion de ce magistrat n'est pas réglée d'une manière formelle, pour certains cas, et où cette obligation ne lui est jamais imposée sous une sanction quelconque, son intervention est sous objet. Elle est même sinon dangereuse, tout au moins gênante. S'il peut arriver, dans quelques circonstances exceptionnelles, qu'elle s'exerce utilement, il se trouvera

souvent qu'elle sera intempestive, contraire à la volonté des parties. En raison même des difficultés et des embarras dont elle peut être la source, elle ne s'exerce pas en général et la disposition à cet égard restant lettre morte, il est inutile d'en surcharger les textes.

A un certain point de vue, il y aurait eu peut-être quelques avantages à charger ce magistrat de prendre inscription au profit de la femme. Dans l'hypothèse de l'art. 20, par exemple, au lieu de soumettre les requérants à l'obligation d'obtenir l'autorisation du président du tribunal, on aurait pu décider qu'ils devront s'adresser au Procureur de la République, non pour solliciter l'autorisation de prendre inscription mais pour éveiller son attention en signalant la nécessité de cette mesure et le prier d'y recourir. Une semblable disposition nous paraîtrait présenter trois avantages principaux :

1° La personne requérant dans ces conditions resterait ignorée du mari, de sorte que les parents de la femme ne seraient pas retenus par l'appréhension de s'exposer à l'inimitié du mari et d'encourir quelque responsabilité pour les évaluations qu'ils ont à faire.

2° L'autorisation qui interviendra, d'après le projet, aura pour effet de constituer une sorte de préjugé en faveur du droit de la femme ; l'inscription prise sur l'initiative du Procureur de la République ne saurait constituer une semblable présomption de fondement

du droit ni d'exactitude au point de vue des estimations faites.

3° Le Procureur de la République a des moyens d'investigation qui manquent au président du tribunal ; il peut s'adresser aux juges de paix et aux officiers publics qui ont instrumenté pour les époux, afin d'avoir des renseignements précis sur l'état de leur patrimoine, de leurs affaires et l'opportunité de l'inscription.

Toutefois, ce n'est là qu'un point de vue ; la mise en pratique d'une semblable mesure peut présenter des inconvénients qui ne sont pas négligeables. L'immixtion de la puissance publique dans la vie privée des personnes doit être autant que possible évitée ainsi que les investigations trop indiscrètes dans les fortunes particulières. Une inscription intervenant sur l'initiative du Parquet, à un moment où le crédit du mari est ébranlé, peut lui porter un coup fatal et entraîner la ruine de la famille, tandis qu'il eût été encore possible au mari de sortir de difficultés momentanées. Il est vrai que l'inscription prise conformément aux dispositions du projet pourra amener un résultat analogue.

En chargeant ainsi le Procureur de la République de prendre inscription, on enlèverait aux personnes qui s'intéressent à la femme le droit de le faire elles-mêmes que leur reconnaît le projet et on laisserait à la seule appréciation de ce magistrat l'accomplissement de cette formalité substantielle. On ne peut hésiter à s'en rapporter à son impartialité pour la décision à

prendre, soit pour faire droit à la réclamation des personnes qui s'intéressent à la femme, soit pour s'abstenir d'y donner suite. Etant donnée l'organisation de la hiérarchie des Parquets et les recours possibles en cas d'inaction du Procureur de la République, il n'y a pas lieu de craindre que l'appréciation discrétionnaire de ce magistrat présente quelque danger et que les parties n'obtiennent pas satisfaction lorsque leur requête sera fondée.

III. — De la faculté de sursis.

« *Il peut être sursis à l'inscription mais il ne peut être convenu qu'elle ne sera jamais prise.* »

Ainsi s'exprime le § 3 de l'art. 19, il introduit d'abord une disposition que l'on peut considérer comme tout à fait nouvelle dans notre droit, car aucun des projets de réforme déjà élaborés ne la contenait et, en second lieu, il proclame une défense dont l'observation peut être absolument compromise par la faculté donnée dans la première partie du texte.

Pour le principe sur lequel repose cette défense, il a toujours été de règle depuis le Code civil. L'art. 2140 dit dans des termes identiques : « *Il ne peut être convenu qu'il ne sera pris aucune inscription.* » Cependant, l'art. 49 du projet sur les hypothèques était conçu d'une façon beaucoup plus large : « *Lorsque, disait-il, dans le contrat de mariage les parties sont convenues qu'il ne sera pris aucune inscription sur les immeubles du mari, ils demeurent*

reront libres et affranchis de l'hypothèque pour la dot et les conventions matrimoniales. » Mais, Bigot-Préameneu ayant fait observer que l'on ne pouvait pas accorder à la femme le droit de renoncer à l'avance à un bénéfice que la loi avait cru devoir créer et organiser exprès pour elle, cette disposition ne fut pas conservée.

La renonciation absolue de la femme à l'hypothèque légale est donc interdite, mais comme le projet de loi ne peut que laisser aux parties l'appréciation des déterminations à faire et qu'il ne peut fixer des limites à ce sujet, que pourrait-on penser de la convention par laquelle la femme, dans le contrat, réduirait son hypothèque à une somme minime et à un immeuble d'une valeur insignifiante, alors que ses reprises s'élèveraient à une somme importante ? Ce sera au juge à apprécier si les déterminations faites l'ont été dans des conditions telles qu'elles constituent une fraude à la loi, et si elles doivent être annulées ; de même qu'aujourd'hui, lorsqu'il est opéré dans le contrat une restriction de l'hypothèque légale qui paraît avoir eu pour but d'éluder la loi, en restreignant d'une façon manifestement exagérée la garantie de la femme.

Mais ce n'est pas de ce moyen qu'useront les parties qui poursuivront ce résultat, le projet leur en fournit un autre bien moins aléatoire, qui est la faculté de sursis.

Aquelles nécessités pratiques correspond cette faculté de sursis ? On n'en aperçoit pas d'autre que cette consi-

dération qu'un ménage débutant dans la vie des affaires a besoin de l'entière liberté de ses biens pour jouir de tout son crédit : les personnes qui traiteront avec le mari pourront savoir que ses biens sont libres et que rien ne s'opposera à la réalisation de leur gage général. Mais il faut observer que cette considération n'est pas absolument déterminante pour justifier cette disposition : en effet, ou bien ce ménagement aura eu pour but de faciliter la prospérité des époux, et l'inscription ne sera plus indispensable pour assurer un droit de préférence à la femme ; ou bien le but proposé n'aura pas été atteint, la réussite espérée ne se sera pas produite et les droits de la femme seront sacrifiés. D'autre part, si le mari redoute l'hypothèque inscrite comme une gêne dans ses opérations, il n'a qu'à vendre ses immeubles pour avoir des sommes disponibles en remplacement. Donc, de nombreux motifs permettent de contester le bien fondé de cette disposition ; si l'on estime que l'hypothèque est nécessaire à la femme, l'attribution de la faculté de sursis est dangereuse au premier chef, surtout telle que le projet en organise l'exercice : « *Il peut être sursis à l'inscription* » est-il dit d'une manière générale, d'où il résulte que cette convention faite sans fixer de délai pourra lier les parties pour une période indéfinie et tenir en échec, pendant toute la durée du mariage, le droit que possèdent la femme et les personnes parties au contrat de prendre une inscription d'après les déterminations faites dans cet acte.

Afin qu'il n'en soit pas ainsi, il nous semble que cette disposition ne saurait subsister dans des termes généraux et qu'il est nécessaire de fixer un délai passé lequel une pareille convention ne sera plus obligatoire. On trouve dans le code, à l'occasion d'une autre matière, une disposition admettant la faculté de sursis limitée à une période déterminée, à l'expiration de laquelle la convention n'est plus obligatoire ; il s'agit de l'indivision. Après avoir déclaré en principe que nul ne peut être tenu de demeurer dans l'indivision, l'art. 815 dispose que les cohéritiers pourront cependant convenir de suspendre le partage pendant un temps déterminé, mais que cette convention ne peut être obligatoire au delà de cinq ans. Sans faire d'assimilation entre les deux matières, une semblable limitation nous paraît devoir être édictée pour la faculté de sursis à l'exemple de l'hypothèque légale de la femme. Elle nous semble justifiée par des considérations différentes mais non moins impérieuses.

Il est possible, en effet, qu'une semblable clause ne devienne de style dans les contrats de mariage, de sorte que conçue dans des termes indéfinis elle fournisse un moyen commode de tourner la loi qui, affirmant le principe et la nécessité de l'hypothèque légale, ordonne d'en déterminer l'assiette ainsi que le montant et qui défend de convenir qu'il ne sera jamais pris d'inscription. Comment, après avoir posé ces règles qui paraissent dominer la matière, la loi peut-elle elle-même of-

frir à ceux qui voudront éluder ces dispositions un moyen aussi facile et aussi sûr ? La fixation d'un délai s'impose pour conserver au texte sa logique et sa portée. Ce serait même une question douteuse de savoir s'il ne pourrait être permis de fixer un délai incertain comme, par exemple, celui de la mort des parents de l'un des époux ; l'événement auquel serait subordonné l'accomplissement de la formalité substantielle de l'inscription est susceptible de n'arriver qu'à une date lointaine ; si tardive que les intérêts de la femme peuvent être à ce moment compromis sans retour.

Si l'on veut conserver la garantie de l'hypothèque légale de la femme, il nous paraît absolument indispensable de modifier sur ce point le projet de loi et de n'admettre l'usage de la faculté de sursis que pendant un délai fixé par la loi.

La convention de sursis au partage, qui pourrait être prise comme type de la disposition à introduire, peut être renouvelée ; il ne nous paraît pas qu'il soit possible d'appliquer cette modalité à l'inscription de l'hypothèque légale. En effet, cinq ans après la célébration du mariage les personnes qui assistaient la femme dans son contrat peuvent avoir disparu, celle-ci se trouvera seule en face de son mari vis-à-vis duquel son état de dépendance est certain ; quelle garantie pourrait présenter une semblable convention entre époux au point de vue de la liberté du consentement ? Il semble préférable de repousser toute disposition admettant le renou-

vement de cette convention au cours du mariage ; si quelqu'un requiert l'inscription de l'hypothèque, lorsque l'époque en sera venue et si cette charge devient un embarras pour les affaires du ménage, la femme aura toujours la facilité de l'aplanir par le jeu de la subrogation ou de la renonciation. A moins que l'on admette la validité de la convention par laquelle il serait décidé que l'inscription sera prise, immédiatement, mais pour prendre rang seulement dans un certain délai convenu. Ce qui serait justifié par cette considération qu'à cette date il se pourrait qu'aucune des personnes qui assistaient la femme au moment du mariage ne seraient là pour le faire.

Le projet de loi admet expressément la faculté de sursis pour l'inscription de l'hypothèque déterminée au contrat ; mais en vertu de la latitude qu'il donne à ce sujet, pourra-t-on également convenir dans le contrat qu'il sera sursis à l'inscription de toute hypothèque résultant de nouvelles créances nées au cours du mariage au profit de la femme ? Nous avons décidé précédemment que la clause de sursis relative à l'hypothèque déterminée dans le contrat ne pouvait faire échec au droit accordé à la femme et aux personnes énumérées dans l'art. 20 de prendre inscription, lorsque cela devient nécessaire pour répondre aux besoins d'une situation nouvelle. Mais une clause de sursis concernant ces inscriptions peut-elle valablement intervenir dans le contrat et paralyser l'exercice de la faculté accordée par

l'art. 20? Le rédacteur du projet laisse planer, à ce sujet, l'incertitude la plus complète par la généralité des termes qu'il emploie, soit pour permettre de faire la convention du sursis, dans l'art. 19, soit pour autoriser la réquisition d'inscription dans l'art. 20. Il nous semble qu'il serait indispensable de préciser sur ce point en étendant explicitement la faculté de sursis à toute inscription ou en la restreignant à la seule hypothèque déterminée au contrat. Car il faudrait savoir dans quel cas les créanciers du mari pourront se prévaloir de la faculté de sursis ou du défaut de réclamation de la part de celui-ci, lorsqu'une inscription aurait été prise nonobstant cette convention dans le contrat.

IV. — De la radiation lorsque l'union projetée
ne s'accomplit pas.

Le dernier paragraphe de l'art. 19 prévoit le cas où l'union projetée ne s'accomplit pas et où l'inscription a été prise, en vertu des dispositions du contrat, avant la célébration du mariage.

« Si le mariage ne s'accomplit pas, l'inscription est rayée sur la représentation soit d'un acte notarié contenant résiliation des conventions matrimoniales, soit d'un jugement rendu sur simple requête par le tribunal du domicile de la partie défenderesse, en chambre du conseil. »

Quand l'inscription aura été requise, avant la célébration du mariage, elle correspondra à une hypothèque conditionnelle ou éventuelle. Elle ne sera pas inexistante, bien que le droit principal d'hypothèque, résultant du mariage, n'existe pas encore, puisqu'il faut qu'elle soit radiée pour disparaître. Il nous paraît même qu'elle pourra produire des effets pratiques, par exemple garantir en fait, indépendamment de l'action personnelle, la restitution de la dot, lorsque celle-ci aura été versée par anticipation au futur époux. Jusqu'à ce que cette restitution ait eu lieu, il nous semble que la future épouse ou les constituants pourront s'opposer à la radiation en se refusant de passer l'acte notarié contenant la résiliation des conventions matrimoniales.

C'est bien cette situation qu'a voulu envisager le texte, puisqu'il ouvre une autre voie au grevé pour poursuivre la radiation de l'inscription qui porte sur ses biens. — En effet, le projet a mis à sa disposition un moyen qui peut être utile dans le cas où le mariage projeté se sera rompu par suite de dissentiments survenus entre des familles ou des personnes qui ne voudront avoir aucun rapport, même d'affaires, en lui permettant de s'adresser au tribunal et en facilitant cette procédure par l'admission d'une simple requête en chambre du conseil.

Mais il est permis de s'étonner de la rédaction de cette partie finale de l'art. 19. La procédure admise, celle du jugement rendu sur simple requête en cham-

bre du conseil, est exclusive de toute contradiction et de toute défense. Il n'y a pas de partie défenderesse sans assignation ; il est probable que le texte veut seulement dire le « *tribunal du domicile de la partie qui a requis l'inscription* ». Si les personnes qui ont constitué la dot ont des raisons de s'opposer à la radiation, parce que la dot n'a pas été restituée, par exemple, elles devront intenter une nouvelle action pour demander le maintien de l'inscription. Mais ce sera une question délicate que de savoir si l'action hypothécaire pourra leur être accordée : nous avons admis plus haut qu'en fait l'inscription pourrait garantir la restitution de la dot, mais il y a des raisons de principe qui permettent de contester cette solution. En effet, l'inscription prise l'aura été à titre d'hypothèque légale et le fondement de cette hypothèque fera défaut.

Malgré son caractère économique, on peut se demander qui supportera les frais de cette procédure. En général, c'est la partie qui poursuit sa libération qui supporte les frais de cette libération et il nous paraît que ces frais incombent au grevé.

Cependant, l'équité de cette solution serait discutable dans deux hypothèses : 1° lorsque le mariage projeté aura été rompu sans motif valable reconnu, par le caprice de la partie qui aura requis l'inscription ; 2° si l'inscription avait été prise, du côté de la femme, avant que la dot ait été versée et qu'il n'y ait une cause de créance quelconque contre le futur conjoint. Il nous

paraît que ceux qui auraient requis inscription, dans ces conditions, devraient supporter la peine de la précipitation avec laquelle ils ont agi et qu'il serait juste de donner au grevé un recours pour les frais de radiation.

V. — Des prénotations.

Il est fait usage très fréquemment dans les législations étrangères et, principalement, dans les législations germaniques de la prénotation ou inscription provisoire. Ce sont des inscriptions qui sont prises uniquement pour conserver leur rang, sans indiquer le montant même approximatif des droits garantis. Le Code Portugais rend même, dans son art. 968, cette inscription obligatoire pour les dots, tandis qu'elle n'est que facultative pour les autres créances admises à être conservées par ce moyen. Il nous paraît que le système des prénotations, utile à la vérité pour acquérir un rang, sans avoir à se préoccuper de faire des évaluations, introduit des complications et manque de sincérité. En effet, supposons que la femme fasse inscrire, au début du mariage, une hypothèque dans ces termes.

Elle conserve, à ce rang, toutes ses créances contre son mari ; cependant il en est qui ont pu ne prendre naissance que dans le cours de la vie conjugale, postérieurement à d'autres obligations souscrites par le mari au profit de tiers. Celles de la femme, qui se trouveront dans ce cas et dont l'art. 2135 rejette la garantie légale

à leur date, ne sauraient équitablement être acquittées de préférence à celles des créanciers étrangers qui ont inscrit leur hypothèque, après le mariage, mais à une époque antérieure à l'origine de ces créances.

Alors, on retombe dans les incertitudes de notre régime pour établir exactement le rang de chacune ; et d'autre part, en attribuant une hypothèque pour des créances futures ou éventuelles on crée autant d'entraves pour le crédit ; les tiers qui traiteront avec le mari n'auront aucun moyen de savoir, même approximativement, s'il leur est permis d'espérer venir en ordre utile. Il nous paraît préférable de n'autoriser l'inscription qu'à partir du moment où les créances garanties auront pris naissance ; à cette époque, il sera facile d'en déterminer la valeur avec assez d'exactitude, pour que la sûreté conservée corresponde au montant du droit qu'elle accompagne. Si l'on arrive à l'inappréciable bienfait de la publicité de toutes les charges réelles, la réforme ne sera complète que si cette publicité comprend également l'étendue de ces charges et éclaire immédiatement les tiers sur une situation qu'il est de l'intérêt de tout le monde de faire apparaître nette et sincère.

CHAPITRE VI

DISPOSITIONS RELATIVES A LA SPÉCIALITÉ.

Le projet de loi assujettit à la spécialité l'hypothèque légale de la femme, soit qu'il s'agisse de celle qui doit être déterminée dans le contrat, soit qu'il s'agisse de celle dont l'inscription peut être requise, au cours du mariage, pour les diverses causes de créances qui peuvent naître contre le mari.

Pour la première, cela est dit à l'art. 19 dans les termes les plus nets :

« Tout contrat de mariage détermine la somme pour laquelle la femme aura hypothèque légale sur les immeubles de son mari en raison de sa dot et de ses conventions matrimoniales. »

« Le contrat désigne ceux des immeubles du mari sur lesquels portera l'hypothèque ; à défaut de cette désignation, l'hypothèque portera sur tous les immeubles présents du mari. »

Et pour la seconde, l'art. 20 s'exprime ainsi :

« Toute inscription qui pourrait devenir nécessaire pendant le mariage sera prise par le mari ou par la femme elle-même sans aucune autorisation sur des immeubles et pour des sommes déterminées. »

C'est donc l'organisation de la spécialité la plus absolue, au double point de vue de l'assiette de l'hypothèque, c'est-à-dire des biens sur lesquels elle porte et de l'étendue des créances garanties. Car il peut y avoir des hypothèques spéciales quant à leur étendue et générales quant à leur assiette, par exemple, l'hypothèque judiciaire ou réciproquement, générales quant à leur étendue et spéciales quant à leur assiette, par exemple, l'hypothèque légale actuelle inscrite sur des immeubles déterminés.

L'organisation de cette spécialité complète n'est pas une des moindres innovations du projet de la Chancellerie. En effet, jusqu'ici, la publicité des hypothèques légales est formellement prescrite et organisée ; si, dans la pratique, elle n'existe guère, ce n'est pas la faute de la loi qui l'ordonne à maintes reprises. Elle est l'objet d'une règle expresse formulée par le Code civil, il n'y manque qu'une sanction qui en assure l'observation. Tandis que la spécialité est absolument nouvelle chez nous à l'état de principe général pour les hypothèques légales : on n'en saurait trouver qu'un germe incertain dans la restriction et la réduction permise par les art. 2140 à 2145.

C'est un grand progrès qui sera réalisé dont beaucoup de législations voisines nous doivent l'exemple ; nous avons vu, en effet, combien la généralité de l'hypothèque légale cause de difficultés dans notre régime hypothécaire, en raison du conflit insoluble qui s'élève

entre les créanciers à hypothèque générale et ceux à hypothèque spéciale, combien elle pèse en même temps sur le crédit public et ne protège qu'imparfaitement la femme par son étendue, qui l'oblige à intervenir dans tous les actes passés par le mari, sans qu'elle puisse se rendre un compte exact des conséquences de son intervention.

Si excellent que soit le principe de la spécialité, et si désirable que soit son application, il est assez difficile à organiser en pratique et il paraît absolument nécessaire pour en assurer le fonctionnement de diviser comme le fait le projet de loi, les droits de la femme en deux classes :

1° Droits et créances qui résultent de la constitution de dot et de conventions matrimoniales dont l'évaluation est facile et l'inscription possible sur les immeubles présents du mari ;

2° Droits et créances qui, d'après le régime du Code civil (art. 2135), ne se trouvent garantis qu'à compter du jour de leur naissance : la spécialisation se fait au fur et à mesure, lorsque la femme ou les personnes habiles à prendre inscription le jugent nécessaire.

Autrement, il serait possible de spécialiser, au début du mariage, l'hypothèque légale garantissant toutes les créances de la femme, en faisant au moment du contrat une évaluation, tant des reprises auxquelles elle a droit pour sa dot et ses conventions matrimoniales que des créances éventuelles probables, qui dépendent souvent

d'une augmentation incertaine de sa fortune ou de circonstances qu'il est impossible de prévoir. Les immeubles du mari se trouveraient ainsi grevés d'une manière exagérée pour garantir, à dater de l'inscription prise à l'époque du contrat, des éventualités qui ne se réaliseront peut-être jamais ou dans un avenir très éloigné ; le droit accessoire d'hypothèque existerait avant que le droit principal de créance ait pris naissance.

Le projet, en édictant l'art. 20 qui réserve à la femme le droit, lorsqu'il lui advient des créances, de prendre inscription pour obtenir une sûreté particulière au sujet de chacune d'elles, a permis de mesurer aux nécessités de chaque situation les garanties correspondantes et a, ainsi, rendu la spécialisation de l'hypothèque légale possible.

I. — Bases de la spécialité.

Quelles seront les bases de la spécialité organisée par le projet de loi ? — Pour l'hypothèque déterminée au contrat, ce seront les parties qui décideront sur quels immeubles elle devra reposer. D'un commun accord, les parties choisiront ceux qu'il y aura le moins d'inconvénients à grever, parce qu'il n'entrera pas dans les prévisions que l'aliénation en devienne nécessaire au cours du mariage, ou parce que leur valeur correspondra exactement à l'évaluation de l'hypothèque.

Cependant, l'art. 19 dit, qu'à défaut de désignation

des immeubles, l'hypothèque portera sur tous les immeubles présents du mari. La loi prévoit donc le cas où les parties ne se seront pas conformées à ses prescriptions, relativement à la spécialisation de l'assiette de l'hypothèque : tous les immeubles présents du mari seront grevés.

Telle est la sanction ou plutôt, si l'on n'admet pas l'idée de pénalité, la détermination que fait elle-même la loi de l'assiette de l'hypothèque à défaut de stipulation sur ce point. Donc, lorsque la femme ou les personnes, qui l'ont assistée dans son contrat, voudront prendre inscription, elles pourront la faire porter sur tous les biens immobiliers de l'époux. Ayant ainsi prévu l'inobservation de ses prescriptions relativement à la convention qu'elle ordonne de faire sur l'assiette de l'hypothèque, le projet paraît n'avoir pris aucune mesure particulière pour assurer la spécialisation quant au montant de la créance. Mais, on peut répondre que cela n'était peut-être pas absolument nécessaire : le quantum des droits de la femme est assez facile à établir autrement, d'après les termes mêmes du contrat. Si l'évaluation n'en est pas faite, spécialement, au sujet de l'hypothèque, elle ne se trouve pas moins contenue dans le corps du contrat pour servir de base à la perception des droits d'enregistrement. On n'aura donc qu'à se reporter à la partie de l'acte qui contiendra cette clause d'évaluation et le bordereau d'inscription sera établi, d'après cette base, quant à la somme à

conserver. Il y aura donc d'ordinaire des moyens par lesquels se trouveront déterminés, à la fois, le quantum de la créance et les immeubles sur lesquels l'hypothèque pourra être prise, puisque la loi fixe, à défaut de convention, ceux qui seront susceptibles d'être grevés. Il sera donc toujours possible de requérir inscription, indépendamment de toute convention spéciale à ce sujet, et de le faire en se conformant pour l'obtenir aux dispositions de l'art. 2153 relatif au mode d'inscription des hypothèques légales.

La modification suivante dont cet art. 2153 est l'objet, d'après l'art. 32 du projet : Art. 32 : « *Le § 3 de l'art. 2153 est modifié ainsi qu'il suit :*

« 3° *La nature des droits à conserver et le montant de leur valeur »,*

n'ajoute aucune complication à l'inscription de l'hypothèque déterminée au contrat. Le nouvel art. 2153 ne contiendra plus la dispense de fixer le montant de leur valeur pour les droits qui sont conditionnels, éventuels ou indéterminés. C'est la conséquence de l'adoption du principe de la spécialité. Mais cette dispense était inutile pour l'inscription de l'hypothèque déterminée au contrat, attendu que ce même contrat fournit directement ou indirectement l'évaluation exigée.

C'est, sans doute, parce que l'on pourra toujours arriver, en dehors de toute stipulation formelle dans le contrat de mariage, à réaliser la spécialité de l'hypothèque légale de la femme, d'après les termes de ce

contrat, que les auteurs du projet n'ont pas cru devoir munir leurs prescriptions relatives à cette convention d'une sanction particulière, comme l'avait fait le projet de 1850. Après avoir dit dans des termes presque identiques (art. 2144) :

« Tout contrat de mariage déterminera la somme pour laquelle la femme aura hypothèque légale sur les immeubles de son mari, à raison de sa dot et de ses conventions matrimoniales. »

« Si le mari a des immeubles le contrat spécifiera ceux desdits immeubles sur lesquels l'hypothèque devra frapper. »

Ce projet ajoutait :

« En cas de contravention aux deux paragraphes précédents, le notaire sera condamné à 100 francs d'amende. »

Ainsi, le notaire était personnellement responsable de la détermination de l'hypothèque. Et le § 5 du même art. 2144 disposait également que :

« Si la désignation prescrite par le § 2 du présent article n'est pas faite, tous les immeubles du mari seront soumis à cette hypothèque. »

Le projet de loi n'a cru devoir adopter que cette seconde disposition, qui constitue une sanction assez anodine ; en raison du tempérament qu'il y a encore apporté. En effet, d'après le projet de 1896, ce ne sont pas *tous* les immeubles du mari qui sont soumis à l'hypothèque, mais seulement les immeubles *présents*, ceux qu'il pos-

sède au moment du mariage. On peut penser que lorsqu'il y aura lieu d'appliquer la sanction, cela ne présentera pas beaucoup d'inconvénients pour le mari ; s'il avait eu beaucoup d'immeubles à ce moment, il n'aurait pas manqué d'avoir recours à la détermination prescrite par la loi, afin d'en exonérer une partie de la charge de l'hypothèque.

D'ailleurs, la peine édictée en premier lieu contre le notaire est peut-être d'une sévérité exagérée, en proportion du but à atteindre, celui-ci consistant seulement à assurer la détermination d'une garantie légale qui existerait indépendamment d'elle et dont l'efficacité dépend encore de l'accomplissement de formalités postérieures.

Si, d'après le projet de loi, le mode de spécialisation de l'hypothèque légale de la femme dans le contrat de mariage peut être plus ou moins précis, pour l'inscription qui peut être requise au cours du mariage en vertu de l'art. 20, le texte s'exprime avec un peu plus de netteté en disant : « *elle sera prise sur des immeubles et pour des sommes déterminées* », par application des principes généraux qui dominent toute la réforme. Les personnes qui useront de cette faculté devront remplir les conditions de l'art. 2153 modifié et énoncer sur les bordereaux, outre la nature des droits à conserver, le montant de leur valeur ; elles ne sont plus dispensées de le fixer même pour des droits qui seraient indéterminés, puisqu'il n'y aura plus de droits de ce genre ; tous se-

ront déterminés ou devront l'être. Reste à savoir seulement, — et c'est une question que nous nous sommes posé dans le chapitre précédent, — si les requérants seront tenus de fournir, à l'appui de leur demande d'inscription des justifications établissant l'existence de droits au profit de la femme et des éléments d'estimation pour corroborer l'évaluation qu'ils en auront faite et, si le Président du Tribunal aura ou non un pouvoir d'appréciation sur l'opportunité et le bien fondé de la demande.

Observons seulement ici que l'évaluation n'aura pas pour effet, étant donné le droit hypothécaire légal de la femme, de limiter l'hypothèque et de fixer définitivement le montant de la créance. Elle restreindra seulement à la somme indiquée l'efficacité de l'hypothèque à l'égard des tiers.

Les erreurs d'estimation commises dans le bordereau ne sauraient nuire à la femme créancière qui conserve l'intégralité de son droit et pourra toujours, en cas d'insuffisance de cette évaluation, requérir une inscription complémentaire pour le surplus de ses droits, reprises et créances, sauf quand il s'agira de l'hypothèque inscrite en vertu de l'art. 19. Ces estimations ne peuvent nuire aux tiers ni au mari débiteur, sauf par l'atteinte portée à son crédit ; ce dernier est toujours autorisé à contester l'évaluation faite à moins qu'il ne s'agisse de celle du contrat et à en demander la réduction si elle est excessive comme l'art. 28 lui en donne le droit, et même

il nous paraît fondé dans le cas d'exagération manifeste et d'intention malicieuse de la part des requérants de l'inscription, à leur demander des dommages et intérêts.

Quant aux tiers, ou bien l'évaluation sera insuffisante et la collocation hypothécaire de la femme ne pourra dépasser la somme pour laquelle la publicité a eu lieu, ou bien, elle est excessive, et, dans l'ordre ouvert pour la distribution du prix, la femme ne sera jamais colloquée, en définitive, que pour le montant réel de sa créance, s'il se trouve à ce moment-là liquidé et non pour une somme supérieure.

La plus grande latitude est donc laissée pour l'évaluation, puisque son inexactitude n'entraîne pas de conséquences graves. Cependant il y a intérêt à ce qu'elle se rapproche le plus possible de la vérité, car si elle était trop inférieure au quantum des droits de la femme, celle-ci n'aurait qu'une garantie insuffisante et, si elle était trop excessive, le crédit du mari en souffrirait trop vivement et les personnes qui l'auraient requise, seraient exposées à s'en voir demander raison.

II. — Des énonciations que devront contenir les bordereaux d'inscription.

Sous l'empire du projet, comme sous l'empire du Code, l'inscription de l'hypothèque légale de la femme,

malgré la spécialisation dont elle devra être l'objet, jouira-t-elle encore de quelques faveurs ?

En effet, par une conséquence inévitable du régime de la spécialité, se trouvera supprimé le dernier paragraphe de l'art. 2148 du Code civil qui dispense les inscriptions d'hypothèques légales de l'indication de l'espèce et de la situation des biens sur lesquels on entend conserver l'hypothèque et qui décide qu'une seule inscription pour ces hypothèques frappe tous les immeubles compris dans l'arrondissement, de sorte qu'il semble que cet article ne concernant plus, en quoi que ce soit, les hypothèques légales, ces dernières seront uniquement régies par les dispositions de l'art. 2153 qui paraît les viser spécialement. On peut se demander si, dorénavant, il n'y aura plus que l'art. 2153 qui réglera l'inscription de l'hypothèque légale, puisque le projet le maintient — ce qui paraît une superfétation, parce qu'on ne voit plus, au premier abord, du moment où les hypothèques légales sont soumises à la spécialisation, comment leur mode d'inscription pourra différer de celui des hypothèques conventionnelles ; — d'autant plus qu'il le modifie dans la forme suivante :

« Le § 3 de l'art. 2153 est modifié ainsi qu'il suit :

« 3° *La nature des droits à conserver et le montant de leur valeur* », au lieu de :

« *La nature des droits à conserver et le montant de leur valeur quant aux objets déterminés sans être tenu de le faire quant à ceux qui sont conditionnels, éventuels ou indéterminés* ».

Il semble donc qu'il n'y ait pas d'autre énonciation que celle indiquée à apporter dans les bordereaux. Mais, si l'on s'en tenait à l'application de cet art. 2153 même ainsi modifié, pour le régime nouveau, le bordereau serait muet en ce qui concerne l'assiette de l'hypothèque. Si l'on se demande comment combler cette lacune, on est tenté alors de se reporter à l'art. 2148, étant donné, surtout, la suppression de son dernier paragraphe, mesure qui paraîtrait ramener à la règle générale les inscriptions d'hypothèque légale.

Il nous semble qu'il y a dans la coexistence de ces deux textes, sans renvoi explicite de l'un à l'autre, une *inelegantia juris* tenant à un vice de rédaction qu'il serait facile de faire disparaître, en indiquant que la portée de l'art. 2153 se borne seulement à introduire des modifications dans l'application de l'art. 2148 à l'inscription des hypothèques légales, en ce qu'elles ne sont pas réglées par les §§ 1, 2, 3 et 4 de cet article, mais par les §§ 1, 2 et 3 de l'art. 2153 et que le § 5 leur demeure applicable, puisque l'hypothèque légale ne frappera plus tous les immeubles situés dans l'arrondissement du bureau où l'inscription est prise. Quant au § 3 de l'art. 2148, il ne peut y avoir de disposition correspondante dans le texte qui concerne les hypothèques légales, puisqu'il n'y a pas de titre qui les supporte, que c'est la loi qui les crée et qu'une seule date importe, celle de l'inscription. La disposition du § 4 *in fine* — époque de l'exigibilité — ne peut également

concerner l'hypothèque légale de la femme : Comment savoir quand se dissoudra le mariage ?

Le bordereau d'inscription devrait donc, désormais, contenir, outre les énonciations prévues par les trois paragraphes de l'art. 2153, celles organisées par le § 5 de l'art. 2148 « *l'indication de l'espèce et de la situation des biens sur lesquels on entend conserver l'hypothèque* ». Seulement, il est permis de se demander si la disposition du § 5 de l'art. 2148 ne présentera pas des difficultés trop grandes, en ce qui concerne l'inscription de l'hypothèque légale de la femme mariée. Ne pourrait-on, au lieu d'une inscription détaillée, conforme à ce paragraphe, se contenter d'une simple désignation des meubles suffisamment précise, toutefois, pour que les tiers, en consultant l'état des inscriptions, puissent reconnaître avec certitude quels immeubles sont grevés ? D'autant plus, qu'aujourd'hui même, la jurisprudence se fondant sur la différence des termes employés dans les art. 2129 et 2148, a décidé fréquemment que la spécialité de l'inscription est soumise à des règles moins rigoureuses que la spécialité de la constitution et que, par exemple, l'inscription requise collectivement sur tous les immeubles du débiteur situés dans la même commune est valable. C'est peut-être à tort que l'on a prétendu déduire de la différence des formules une différence de principe ; en effet, les facilités admises par la jurisprudence peuvent amener quelques inconvénients pour les tiers ; il ne faudrait pas que

ceux-ci, en consultant les registres des hypothèques, soient trop insuffisamment renseignés, au point d'être obligé de se reporter à d'autres actes. Pour l'hypothèque légale de la femme, prise indépendamment de toute constitution authentique, les tiers, n'ayant pas la faculté de se reporter à un acte quelconque — au moins quand l'inscription en est requise au cours du mariage, — il semble que c'est surtout pour celle-ci que les énonciations devraient être précises. Mais, d'un autre côté, il paraît équitable d'entourer de certaines facilités l'inscription de l'hypothèque légale des femmes, si on juge cette garantie nécessaire, puisqu'on l'assujettit à cette formalité. Il est naturel que, du moment où l'on permet à certaines personnes de requérir l'inscription dans un but d'utilité, on ne rende pas impraticable l'exercice de cette faculté par de trop grandes exigences. Il résultera de son inscription et de sa spécialisation de tels avantages qu'il ne faut pas, par des précautions exagérées, rendre impossible l'exercice du droit hypothécaire transformé.

III. — Quels immeubles du mari pourront être affectés à l'hypothèque légale de la femme ?

§ 1. — Immeubles du commerçant failli.

Aujourd'hui, toute une classe d'immeubles, en cas de faillite du mari, y est soustraite par l'art. 563 du Code de commerce. Ce sont ceux acquis à titre onéreux

par le mari, depuis le mariage, lorsqu'il était commerçant au moment du mariage ou l'est devenu dans l'année. Cette restriction est fondée sur la présomption que ces biens n'ont été acquis par le mari qu'avec l'argent des créanciers, qui a servi à les payer. Bien qu'il n'y ait là qu'une simple présomption *juris tantum*, c'est-à-dire toujours susceptible d'être renversée par la preuve contraire, la simple spécialisation de l'hypothèque légale de la femme et son inscription sur un de ces immeubles ne sauraient avoir pour conséquence de constituer une affirmation valable du droit à une hypothèque à son profit sur cet immeuble. Il faudrait, pour que l'hypothèque produisit des effets, qu'il fut établi, d'une manière quelconque, que cet immeuble n'est entré dans le patrimoine du mari que grâce à des deniers provenant de la femme.

L'inscription prise par la femme ou les personnes habiles à le faire, durant le mariage, au fur et à mesure des acquisitions immobilières faites par le mari, ne saurait affecter ces immeubles à la garantie de ses reprises, car ce serait là un moyen facile d'éluder, en matière de faillite, l'application de la loi qui a fixé les droits de la femme d'une manière certaine (1). C'est ce qui est décidé aujourd'hui, lorsqu'en dehors de toute inscription résultant de son droit d'hypothèque légale, la femme se fait reconnaître par jugement créan-

(1) Bédarrides, *Faillites*, III, n° 1033.

cière de son mari. Elle ne peut compter sur les effets d'une hypothèque judiciaire à son profit, bien qu'on ait soutenu l'affirmative, en prétendant que, si la femme dont le mari était tombé en faillite se voyait sous le coup d'une exception au droit commun, c'était seulement à raison de son hypothèque légale, mais qu'en invoquant un droit d'une nature différente elle ne devait pas être placée dans une condition pire que celle des autres créanciers qui ont conservé leurs droits dans les délais.

L'hypothèque de la femme d'un commerçant failli, ayant été spécialisée au début du mariage, ou dans une inscription prise par la suite, sur des biens susceptibles d'en être grevés, s'étendra-t-elle aux additions, constructions et améliorations de toutes sortes apportées ultérieurement à ces biens? Nous pensons, pour le même motif, que l'hypothèque de la femme du failli, même lorsqu'elle sera spécialisée sur certains immeubles, ne peut grever la plus-value résultant des constructions, additions ou améliorations quelconques qui y sont apportées.

Dans l'état actuel des choses, la question est discutée pour l'hypothèque légale générale ; à plus forte raison, nous semble-t-il, pour l'hypothèque légale spéciale. Il n'y a pas lieu, en face d'une disposition aussi formelle que celle de l'art. 563 du Code de commerce, d'appliquer l'art. 2133 du Code civil qui est l'expression du droit commun et qui donnerait une solution contraire.

Le Code de commerce, qui vise un cas particulier, celui du mari commerçant tombé en faillite, déroge explicitement au principe général énoncé dans l'art. 2133 et, toutes les fois que l'on se trouvera en matière commerciale, c'est l'exception particulière à cette matière qui devra être appliquée. La spécialisation de l'hypothèque ne peut rien ajouter au droit de la femme ni lui fournir un prétexte de se soustraire à une situation expressément réglée par la loi.

Si donc la femme, ou les personnes qui y sont autorisées, dans l'ignorance de ces particularités, ont d'une part requis inscription sur des immeubles acquis à titre onéreux pendant le mariage par le mari commerçant, les créanciers de celui-ci pourront toujours faire tomber les inscriptions prises ainsi, sans avoir besoin de recourir à aucune preuve pour établir la provenance de deniers à l'aide desquels ils ont été payés. Ce sera à la femme à établir, soit que ces immeubles étaient la propriété du mari avant le mariage, par exemple, ou qu'ils ne sont entrés dans son patrimoine qu'en effectuant l'emploi de ses rapports dotaux.

Et si, d'autre part, inscription a été prise sur des immeubles susceptibles d'être grevés mais qui ont été augmentés par des constructions, des additions ou des améliorations, la femme ne pourra être colloquée en vertu de son hypothèque que sur la valeur qu'avaient ces biens au moment du mariage, avant qu'ils fussent l'objet de toute transformation leur ayant donné de la

plus-value. L'inscription prise à une époque où l'immeuble a déjà été augmenté par des additions, des constructions et des améliorations ne peut avoir pour effet de donner une extension quelconque au droit hypothécaire légal de la femme au point de vue de son assiette. Si donc, sa créance inscrite est supérieure à la valeur de l'immeuble au moment où son hypothèque a pris naissance, elle ne viendra sur ce bien que jusqu'à concurrence de cette valeur, à l'encontre des autres créanciers du mari commerçant tombé en faillite.

Il est d'autant plus désirable de donner à ces sortes de questions une solution ferme, conforme aux principes, que c'est principalement, lorsque les affaires du mari commerçant deviendront mauvaises que la femme ou ses parents recourront à l'inscription de l'hypothèque légale, afin de sauvegarder au moins les apports de la femme contre la faillite prochaine dont la survéance lui ferait perdre l'existence de son droit de préférence.

§ 2. — Conquêts de communauté.

C'est une discussion très discutée que de savoir si l'hypothèque légale de la femme porte sur les conquêts de la communauté. Quelques auteurs soutiennent que les conquêts de la communauté sont, quoi qu'il arrive, affranchis de l'hypothèque légale de la femme. Ils invoquent en ce sens l'art. 2121, dont la disposition comporte une interprétation restrictive, et qui ne fait por-

ter l'hypothèque de la femme que sur les biens du mari, non sur ceux de la communauté et font observer que la loi distinguant soigneusement, même dans le cas de renonciation, les biens du mari et ceux de la communauté (art. 1495, al. 1), la renonciation de la femme ne peut pas rétroactivement anéantir le fait de la communauté. L'exercice du droit hypothécaire de la femme serait, dit-on, incompatible avec le pouvoir du mari de consentir valablement toute aliénation ou hypothèque sur ces biens en qualité d'administrateur et de maître de la communauté, qualité qui le fait agir comme représentant de la femme dans tous les actes à titre onéreux relatifs aux biens communs. Sa renonciation ne peut avoir d'autre effet que de la libérer de son obligation personnelle.

D'autres auteurs ont également soutenu que la femme, précisément à cause de sa qualité de commune, n'avait pas d'hypothèque légale sur les biens communs, parce que le partage peut faire qu'ils deviennent biens de la femme elle-même : tant que le partage n'a pas eu lieu la femme ne peut pas avoir d'hypothèque sur les biens de la communauté qui est une personne morale capable de posséder, dont le patrimoine est complètement à part.

Mais cette opinion n'a pas triomphé et la grande majorité des auteurs se rallie aujourd'hui à la doctrine contraire, d'après laquelle l'hypothèque légale de la femme atteint les conquêts de la communauté. D'a-

bord, il n'est pas exact que la communauté soit une personne morale : « Dans la société conjugale, disent MM. Rodière et Pont (1), comme en général dans les sociétés civiles, et dans les sociétés en participation, le mot société désigne seulement la collection des intérêts communs et nullement un être moral distinct de la personne des associés. » Et M. Bufnoir, à son cours, réfute également cette opinion dans les termes suivants ; « Sans doute, pour la commodité de langage, la loi parle des biens de la communauté, de l'actif de la communauté. Mais ce n'est là qu'une forme de langage pour indiquer que les biens des époux sont communs. On ne doit déclarer l'existence d'une personne civile que quand la loi l'a formellement consacrée et rien ne nous autorise à le faire, car cette idée que la communauté est une personne morale ne se rencontre nulle part. »

La communauté ne constituant pas un patrimoine distinct, on ne comprend pas comment, par sa renonciation, la femme serait à la fois libérée de toute obligation personnelle et privée du droit d'exercer son hypothèque légale. Si elle a été représentée par son mari dans les actes concernant l'administration des biens de la communauté, comment et pourquoi, dit M. Baudry-Lacantinerie (2), ne l'aurait-elle pas été dans les obligations contractées par son mari à la charge de la communauté ? Comment serait-elle admise à opposer son

(1) Rodière et Pont, *Contrat de mariage*, I, n° 304.

(2) *Du nantissement des privilèges et hypothèques*, t. II, n° 1003.

hypothèque légale aux créanciers chirographaires de la communauté, alors qu'elle ne le pourrait ni aux acquéreurs d'immeubles de la communauté, ni aux créanciers ayant hypothèque sur ces mêmes biens ?

La situation de la femme, que la loi entoure de ses faveurs, serait moins avantageuse que celle d'un créancier quelconque qui peut acquérir une hypothèque conventionnelle sur les acquêts. Et, tout en parlant distinctement des biens du mari et de ceux de la communauté, l'art. 1695 dit que la femme renonçante exercera ses actions et reprises sur les uns et sur les autres. Il faut donc décider que les conquêts sont grevés de l'hypothèque légale de la femme.

En fait, quand les conquêts ont été aliénés ou hypothéqués au cours du mariage, l'hypothèque légale de la femme n'a pas lieu de s'exercer car il n'est pas d'exemple qu'un acquéreur ou un créancier ait traité avec le mari sans exiger le concours de la femme. Mais dorénavant, la question présentera un intérêt particulier, car ce ne sera plus au moment où il ne sera plus douteux que l'hypothèque atteint ces biens, suivant que la femme les aura ou non dans son lot, qu'il faudra se placer pour l'exercice du droit hypothécaire ; mais, à une époque où l'on ne connaîtra pas encore le propriétaire définitif, qu'il faudra décider s'ils sont ou non susceptibles d'être grevés. Au cours du mariage, la femme pourra-t-elle prendre inscription sur des biens dont elle est copropriétaire avec son mari ?

Nous admettons l'affirmative et il nous paraît facile de justifier cette solution au point de vue juridique en même temps qu'elle repose sur des considérations d'utilité pratique.

D'abord, la femme ne possède encore qu'une quote-part indivise de ces biens, l'autre quote-part ne lui appartenant pas, est susceptible d'être affectée à son hypothèque de même qu'il est permis de constituer une hypothèque conventionnelle sur des biens indivis entre créancier et débiteur.

D'autre part, si l'on admet que l'hypothèque légale de la femme affecte les conquêts de communauté aujourd'hui, indépendamment de toute inscription, il faudra l'admettre également demain sous l'empire de la nouvelle loi. Or, qu'est-ce que l'inscription ? Ce n'est qu'une mesure conservatoire qui n'est qu'une simple affirmation du droit vis-à-vis des tiers et non une confirmation de ce droit entre les parties. Pourquoi refuserait-on à la femme la faculté de prendre cette mesure conservatoire qui ne préjuge pas le fond du droit et qui suivra le sort de la garantie qu'elle constate ? L'hypothèque peut non seulement accompagner une créance conditionnelle, mais encore affecter un bien sur lequel le débiteur n'a qu'un droit de propriété conditionnel. Si son droit de priorité vient à être résolu pour une cause qui existait avant l'établissement de l'hypothèque, celle-ci devient caduque. Le mari a sur chaque conquêt un droit de propriété soumis à une condition résolutoire qui consiste dans

l'attribution de la totalité de ce bien à l'autre copartageant. Si cette condition se produit, l'hypothèque s'éteindra à la fois par l'arrivée de la condition résolutoire et la confusion qui s'opère au profit de la femme. Si la condition suspensive sous laquelle le mari est propriétaire se réalise, si le bien tombe dans son lot ou que la femme renonce, il sera considéré, en vertu de l'effet déclaratif du partage, comme en ayant toujours été propriétaire et l'hypothèque produira toutes ses conséquences.

Il nous paraît équitable et fondé, pour ces motifs, d'accorder à la femme le droit de prendre inscription sur les conquêts malgré sa qualité de copropriétaire. D'autant plus qu'il est contestable de dire que la femme soit véritablement copropriétaire des biens de communauté. Elle ne le devient guère qu'au moment de la dissolution du mariage ; jusqu'à ce moment, c'est plutôt le mari qui est seul propriétaire et maître des conquêts.

§ 3. — Des navires.

L'hypothèque légale de la femme n'atteignant pas, malgré sa généralité, les navires appartenant au mari d'après l'art. 1^{er} de la loi du 10 juillet 1885, l'on doit décider que la femme ne peut, bien que les navires soient susceptibles d'hypothèque, prendre inscription sur ces biens au cours du mariage : ils sont placés par la loi en dehors de son gage et elle ne peut certaine-

ment pas, par l'effet de sa volonté, les grever au moyen de l'inscription prise en vertu de l'art. 20. On peut douter, par exemple, qu'il soit interdit de les affecter à cette garantie dans le contrat de mariage. Bien qu'il s'agisse de déterminer l'assiette de l'hypothèque dans les limites que la loi a fixées à son étendue, l'élément consensuel qui est au fond de cette détermination ne permet-il pas de croire que l'on puisse, à l'encontre de l'exclusion tacite de l'art. 1^{er} de la loi du 10 juillet 1885, invoquer le texte même qui la prononce « *ils ne peuvent être hypothéqués que par la convention des parties* » et reconnaître la validité de l'extension conventionnelle de l'hypothèque légale sur ces biens ?

IV. — Des modifications qui peuvent être apportées à l'assiette de l'hypothèque légale au cours du mariage.

§ 1. — Réduction.

Le Code fournit deux moyens d'opérer la spécialisation de l'hypothèque légale de la femme : la restriction organisée par l'art. 2140 et la réduction, organisée par les art. 2144 et 2145. Le projet rend la première obligatoire dans le contrat de mariage ; car il ne nous paraît pas qu'il y ait de différence, au fond, entre la disposition de l'art. 19 du projet et la convention permise par l'art. 2140. Bien que l'obligation de procéder à la spécialisation de l'hypothèque légale de la femme semble

rendre désormais la réduction d'un usage peu fréquent, le projet l'a conservée. Cette opération peut, en effet, répondre encore à certains besoins et rendre des services, grâce surtout à la simplification dont elle est l'objet. Lorsque la femme ou ses parents auront requis inscription en vertu de l'art. 20, les évaluations faites des créances nées au profit de la femme pourront être exagérées ou l'estimation des biens du mari qui auront été grevés avoir été faite bien au-dessous de leur valeur, de sorte qu'il en a été affecté un plus grand nombre qu'il n'était nécessaire. Dans ce cas, la demande en réduction constituera un précieux recours pour le mari.

L'art. 28 qui organise cette opération dans le projet s'exprime ainsi relativement à celle concernant l'hypothèque légale de la femme :

« L'art. 2161 du Code civil est remplacé par le suivant :

Si dans le cours du mariage, il est reconnu que l'hypothèque légale de la femme frappe plus de biens qu'il n'est nécessaire, la réduction en peut être demandée par le mari.

La demande du mari est portée devant le tribunal de son domicile qui statue en chambre du conseil sur simple requête. »

Constatons d'abord qu'il est tout naturel que le texte du Code modifié soit non celui des art. 2144 et 2145 qui ne concernent que la réduction de l'hypothèque légale non encore inscrite mais celui de l'art. 2161 qui

visé seulement le cas où une inscription est prise. En effet, dorénavant, pour que la demande en réduction puisse être formée par le mari, il faudra que l'inscription ait déjà été prise sans quoi elle n'aurait pas de raison d'être puisque l'hypothèque est dépourvue d'efficacité tant que cette formalité n'est pas remplie. Cependant, comme les art. 2144 et 2145 ne sont pas explicitement abrogés, pourront-ils être invoqués par le mari pour obtenir une réduction avant que l'hypothèque soit inscrite ? Non, parce qu'il ne peut justifier d'un intérêt à le faire. Cette disposition tombera donc forcément en désuétude. En effet, ces articles ne s'appliquent pas à l'hypothèque déterminée au contrat : « *pareillement* » dit l'art. 2144. Cet adverbe se rapporte aux mots de l'art. 2143 « *lorsque l'hypothèque n'aura pas déjà été restreinte par l'acte de nomination du tuteur* ». Pour l'hypothèque légale de la femme la réduction ne pourra *pareillement* en être demandée lorsqu'elle aura été restreinte, spécialisée au début du mariage.

Quant à celle qui peut être inscrite au cours du mariage pour de nouvelles créances, tant que l'inscription n'en aura pas été requise, le mari ne sait pas quelles évaluations seront faites et quels immeubles seront grevés soit par la femme, soit par les personnes énumérées dans l'art. 20. On ne voit donc aucune circonstance dans laquelle puissent être appliqués les art. 2144 et 2145.

L'art. 28 du projet se réfère donc avec raison à

l'art. 2161 du Code qui prévoyait l'inscription puisque celle-ci devient désormais la règle générale et il dispose que lorsque l'hypothèque frappera plus de biens qu'il n'est nécessaire, la réduction en pourra être demandée.

La généralité des termes employés ne permettrait-elle pas de croire que cette demande en réduction pourra être formée pour toute inscription, aussi bien celle prise au cours du mariage, sur des données qui peuvent être plus ou moins précises, que celle prise conformément aux déterminations faites dans le contrat ? A première vue, cette disposition paraît s'appliquer à toute inscription. Nous ne pouvons cependant admettre qu'elle puisse concerner l'hypothèque déterminée au contrat de mariage. Cela nous paraît absolument impossible pour le motif suivant : ce serait porter atteinte au principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales. L'on pourrait dire que cette règle, spécialement édictée dans l'intérêt des tiers, peut recevoir une exception dans cette hypothèse où il s'agit exclusivement de rapports pécuniaires entre époux. Nous ne pensons pas que les auteurs du projet aient voulu apporter à ce principe une semblable dérogation qui n'est pas absolument justifiée par la nécessité ou des considérations impérieuses d'équité ; d'autant plus, qu'en pratique, par la voie de la renonciation ou de la subrogation de la part de la femme, on évitera facilement les inconvénients d'une trop grande étendue de son hypothèque résultant d'une estimation exagérée de ses droits. Si la femme

ne voulait pas consentir à ces sortes d'opération, le mari ne pourrait pas s'en plaindre, il ne peut demander à être restitué même étant mineur (art. 1398) contre une convention qu'il a librement consentie. Aujourd'hui, la jurisprudence, à l'occasion d'une hypothèse analogue, décide que lorsque le contrat de mariage a restreint l'hypothèque légale à certains immeubles déterminés, la réduction de cette hypothèque ne peut être demandée au cours du mariage (arrêt de la Cour de Lyon, 3 mars 1830). Et cela dérive, tant de l'observation du principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales, que du caractère consensuel que revêt alors l'hypothèque.

Bien que le projet ne reproduise pas le dernier alinéa de l'art. 2161 du Code civil refusant la faculté de réduction quand il s'agit d'une hypothèque conventionnelle dans l'art. 28 destiné à remplacer cet art. 2161, il ne s'ensuit pas que l'on ait voulu permettre la réduction des hypothèques conventionnelles...

Pour l'opinion de la jurisprudence que nous avons invoquée, elle nous paraît un argument décisif en faveur de notre solution : dans la réalité des choses, il n'y a pas de différence entre la restriction de l'art. 2140 du Code civil et l'accord intervenant pour opérer les déterminations qui doivent être faites conformément aux dispositions de l'art. 19 du projet.

Pourrait-on prétendre, si le contrat est resté muet sur la détermination de l'hypothèque, que le mari aura la facilité de demander la réduction de l'inscription prise

pour la dot et les conventions matrimoniales sous le prétexte qu'il n'a rien consenti et que l'hypothèque grevant tous ses immeubles frappe plus de biens qu'il n'est nécessaire? L'on doit présumer que les parties ont envisagé la question et les conséquences de l'absence de toute détermination et qu'elles se sont abstenues de désigner les immeubles qui devaient être affectés parce qu'elles ont jugé qu'ils étaient juste suffisants pour la garantie de la femme. Cette considération, en même temps que l'application du principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales nous paraît s'opposer à l'admission d'une demande en réduction dans cette hypothèse. A un point de vue subsidiaire, mais qui a bien sa portée, à notre sens, la prétention du mari sollicitant la réduction nous paraît inadmissible. La loi ordonne formellement de faire des déterminations dans le contrat, elle prononce la peine attachée à l'inexécution de cette obligation — tous les immeubles du mari sont grevés — les parties savent à quoi elles s'exposent en ne se conformant pas aux prescriptions de la loi; la procédure de la réduction ne peut leur fournir un moyen de se soustraire à une situation dont leur négligence est la seule cause. Comment pourrait-on concevoir que le mari puisse se prévaloir d'une inobservation de la loi pour former une demande de cette nature?

La réduction organisée par l'art. 28 ne peut donc s'appliquer qu'à l'inscription prise au profit de la femme au cours du mariage en vertu de l'art. 20 pour quelque cause nouvelle de créance.

Elle peut être poursuivie, soit que l'évaluation des droits de la femme ait atteint un chiffre hors de proportions avec ses créances véritables, soit que l'estimation des biens du mari ait été faite sur une base inexacte, inférieure à leur valeur réelle, de telle sorte que l'hypothèque frappe plus de biens qu'il n'est nécessaire. Bien que la loi ne parle que de cette seconde hypothèse, il est bien évident que si la première exagération était établie, elle devrait entraîner la réduction du montant de l'inscription. En effet, supposons que le mari n'ait qu'un seul immeuble, d'une valeur de 100 par exemple et qu'un parent de la femme ait pris inscription au profit de cette dernière pour 50, alors que ses droits et actions en reprises ne s'élèvent qu'à 30, il y a un intérêt évident pour le mari à ce que son immeuble ne soit qu'affecté à la garantie légale que jusqu'à concurrence de 30 et soit dégrevé dans la mesure de la différence. C'est dans un cas analogue que peut s'ouvrir la responsabilité de l'inscrivant si sa mauvaise foi venait à être établie, mais en général, ce sera une preuve difficile à faire pour le mari car la mauvaise foi ne se présume pas. On peut imaginer cependant, des hypothèses dans lesquelles l'inscrivant connaîtra exactement le montant du droit de la femme : Par exemple une succession a été recueillie par celle-ci et un de ses parents habile à prendre inscription aux termes de l'art. 20. Souvent le règlement même de ces intérêts pourra amener des froissements entre cet héritier et le mari devenu copar-

tagéant comme représentant de sa femme. Si dans le but d'être désagréable au mari, ce cohéritier de la femme requiert inscription au profit de cette dernière pour la restitution de ses reprises et qu'il le fasse pour la part brute de celle-ci dans la succession alors qu'il sait pertinemment que des dettes en absorbent une partie importante, pour 50 par exemple, montant de la part recueillie constaté au partage alors qu'un coefficient de dettes égal à 20 a été mis à la charge de la successible, il est hors de doute que le mari soit fondé à demander la condamnation de l'inscrivant à des dommages-intérêts.

Le projet de loi consacre un grand progrès en simplifiant la procédure de la demande en réduction que l'art. 2161 du Code civil, renvoyant à l'art. 2159, soumettait au droit commun des demandes en justice. Au lieu d'avoir à statuer sur deux prétentions, ce n'est en quelque sorte qu'un acte d'administration qui incombe au tribunal. A la procédure par voie d'assignation, le projet substitue la procédure gracieuse ; le tribunal saisi par voie de requête, statue en Chambre du Conseil. Naturellement le mari doit fournir des explications à l'appui de sa demande, mais il ne sera pas nécessaire comme dans l'hypothèse des art. 2144 et 2145 que la femme soit majeure, qu'elle y consente, que les immeubles du mari aient une valeur notoirement supérieure à ce qui est nécessaire pour la sûreté des droits de la femme, ni que la demande soit accompa-

gnée de l'avis conforme des parents de la femme. Car le projet, ne mettant aucune condition, on ne saurait suppléer à son silence volontaire par des assimilations à des dispositions avec lesquelles il a, au contraire, marqué son intention de vouloir rompre. Il nous paraît qu'il n'y aura, ainsi que nous l'avons exposé plus haut, que deux conditions à remplir pour pouvoir demander la réduction que le projet organise dans des termes si larges et si généraux. C'est qu'une inscription ait déjà été prise et qu'il ne s'agisse pas de l'hypothèque déterminée dans le contrat de mariage.

La nouvelle procédure présentera incontestablement trois avantages : 1° elle sera moins coûteuse, 2° elle sera plus rapide, 3° il n'y aura pas, à proprement parler de chose jugée. Mais elle entraîne un inconvénient : c'est qu'on n'entend pas la femme, on ne peut savoir si elle s'y oppose. Lorsque la requête sera présentée par les deux époux, elle pourra paraître très suspecte parce qu'il est à redouter que la femme n'ait subi l'influence abusive du mari. Malgré cela, il n'y a pas lieu de redouter de grands dangers pour la femme, la décision du tribunal ne sera rendue qu'en connaissance de cause. Cependant, il serait peut-être préférable que la femme pût être appelée dans l'instance, il faudrait alors ajouter quelque chose au texte et modifier profondément la procédure par voie de requête.

§ 2. — Extension.

Elle peut résulter de nouvelles créances survenant au cours de la vie conjugale pour les différentes causes énumérées dans l'art. 2135 du Code civil. Mais cela ne fait pas de difficulté. L'inscription complémentaire sera parfaitement fondée en vertu des termes de l'art. 20 ; il suffira pour sa validité de se conformer aux dispositions de cet article relativement aux évaluations à faire.

Mais peut-on admettre que la femme puisse demander l'extension de sa créance hypothécaire sous le prétexte que les évaluations faites sont insuffisantes par rapport à ses droits de reprise ou que les immeubles grevés ne représentent pas une valeur correspondante ? Il faudra distinguer, suivant qu'il s'agira de l'hypothèque déterminée au contrat de mariage ou de celle prise en conformité de l'art. 20. Dans ce dernier cas, ce n'est pas douteux, elle peut le faire sans aucune autorisation, sauf le droit de réduction du mari. Mais c'est impossible en ce qui concerne l'hypothèque de l'art. 19 puisque la détermination est faite en vertu d'une convention librement consentie, convention qu'il y a un intérêt particulier à maintenir immuable en raison de son caractère spécial.

Mais ce principe d'immuabilité ne peut mettre obstacle, nous semble-t-il, à la faculté qu'aurait la femme

de demander, en cas de dépérissement de son gage hypothécaire, un supplément d'hypothèque dans les termes du droit commun comme tout créancier conventionnel.

CHAPITRE VII

DES DIFFÉRENTS TRAITÉS QUE LA FEMME PEUT PASSER RELATIVEMENT A SON HYPOTHÈQUE.

I. — Du droit de renonciation et des conditions dans lesquelles il peut être exercé.

Les art. 22 et 23 qui règlent cette matière s'expriment ainsi :

« ART. 22. — *Dans les cas où les femmes peuvent céder leur hypothèque légale ou y renoncer, cette cession ou cette renonciation doit être faite par acte authentique et les cessionnaires ne sont saisis à l'égard des tiers que par l'inscription de cette hypothèque à leur profit, ou par la mention en marge de l'inscription préexistante.*

« *La renonciation par la femme à son hypothèque légale au profit de l'acquéreur d'immeubles grevés de cette hypothèque, en emporte extinction à partir soit de la transcription de l'acte d'aliénation si la renonciation y est contenue, soit par la mention faite en marge de la transcription de l'acte d'aliénation si la renonciation a été faite par acte distinct.*

« ART. 23. — *Sous quelque régime qu'elle soit mariée, la femme est autorisée à consentir antérieurement à son hypothèque lorsqu'il s'agit de constructions ou de réparations*

ayant pour but de conserver ou améliorer les immeubles grevés. »

Le § 1 de l'art. 22 est la reproduction du § 1 de l'art. 9 de la loi du 23 mars 1855 et le § 2 de ce même article est la reproduction, avec modification, du § 1 de l'art. unique de la loi du 13 février 1889. L'abrogation de ces deux lois étant proposée, il était nécessaire d'en faire revivre les dispositions qui étaient relatives aux différents contrats que les femmes peuvent passer à l'occasion de leur hypothèque légale.

Constatons d'abord l'adoption du principe, autrefois mis en doute, que les femmes peuvent céder leur hypothèque légale ou y renoncer au profit des tiers. Avant la loi du 23 mars 1855, en l'absence de tout texte pour réglementer les conventions que pouvait faire la femme au sujet de son hypothèque légale, il régnait une grande incertitude, non seulement sur le principe lui-même, mais encore sur les conditions dans lesquelles ces traités pouvaient intervenir. L'art. 2140 du Code civil prohibant toute renonciation absolue de la femme à son hypothèque dans le contrat de mariage, on avait songé à recourir aux art. 2144 et 2145 qui déterminent les conditions auxquelles est soumise pendant le mariage, la réduction de l'hypothèque légale ; mais les conditions minutieuses imposées par ces dispositions rendaient peu pratique la renonciation par ce mode. Pour être utile, lorsqu'il s'agit de venir au secours du crédit du mari, cette renonciation doit s'effectuer promptement.

ment. Du reste, on avait dû reconnaître que ces art. 2144 et 2145 s'appliquaient exclusivement aux renonciations à l'hypothèque légale consentie par la femme au profit de son mari dont elle voulait dégrever les biens et non pas aux renonciations consenties au profit des tiers. La différence était de pure forme, il est vrai, puisqu'il ne s'agissait toujours que de raffermir le crédit du mari et que c'était, en réalité, au profit de celui-ci qu'intervenait la renonciation.

Certains jurisconsultes voyaient une inconséquence à permettre à la femme d'abdiquer purement et simplement le bénéfice de son hypothèque légale, alors que ce même art. 2144 exige tant de formalités pour la réduction de cette garantie pendant le mariage. Car, dit M. Beudant (1), « de deux choses l'une, ou les garanties exceptionnelles que la femme reçoit de la loi lui sont nécessaires et, alors, il ne faut pas qu'elle puisse, cédant à l'obsession, ou à une déférence aveugle, s'en dépouiller au profit de tiers ; ou bien ces garanties exceptionnelles ne lui sont pas indispensables et alors il n'y a plus de raison pour la soustraire au droit commun ». Aussi la légitimité d'une convention, telle que la subrogation, a pu être contestée pour les raisons exprimées plus tard par le même M. Beudant : « En effet, dit-il, l'hypothèque légale est détournée de sa destination primitive, elle cesse de protéger les reprises de la femme et devient ce qui est

(1) Beudant, Observations sur les droits d'hypothèque et sous-ordres, *Revue critique*, 1866, p. 34.

plus grave, peut-être, un moyen de faciliter les opérations qu'elle était destinée à entraver. »

Et en 1848, lors des projets de réforme hypothécaire, M. Laferrière (1) pensait que l'hypothèque légale, étant établie dans l'intérêt sacré de la famille, l'on devait défendre à la femme d'en faire la cession sous quelque forme que ce soit.

Mais la pratique s'accommodait trop bien dans l'usage des subrogations pour que l'on songeât à y mettre obstacle même avant 1855, date à laquelle leur légalité fut définitivement consacrée. Jusqu'à cette date, ces sortes de conventions, pour ainsi dire indispensables, n'étant pas réglementées, se trouvèrent, au grand préjudice de la femme et des tiers, dispensées de toute espèce de conditions, de forme et de publicité. L'hypothèque de la femme étant clandestine, il n'avait pas paru trop choquant que la subrogation dans cette hypothèque fût également occulte. Lorsque la femme avait consenti plusieurs subrogations successives dans son hypothèque légale, l'ordre de préférence entre les divers subrogés, se réglait par les dates des différentes subrogations. Ces conventions n'étant pas soumises à la publicité, il en résultait que la femme pouvait facilement tromper un créancier, qu'elle subrogeait dans son hypothèque légale, en lui dissimulant l'existence de subrogations antérieures qui épuisaient son droit hypothécaire, et que

(1) *Revue de droit français et étranger*, p. 690. *Documents sur le régime hypothécaire*, II, p. 279 et 239.

ce créancier n'avait aucun moyen de découvrir. La réforme absolument nécessaire, apportée par la loi du 23 mars 1855, ne pouvait donc qu'être adoptée par le législateur de 1896. Du reste, si l'on concevait difficilement, même avant 1855, que la non-publicité de l'hypothèque légale, introduite uniquement en faveur de la femme à raison de sa dépendance et de son incapacité, puisse subsister en faveur d'autres personnes qu'elle, il serait impossible de concevoir aujourd'hui l'hypothèque légale de la femme, désormais soumise à l'inscription, sans que les modifications qui peuvent y être apportées par la subrogation n'y soient également astreintes.

Le projet de la Chancellerie a également laissé subsister l'obligation de recourir à un acte authentique pour des conventions de cette nature, les soumettant au droit commun des hypothèques. Les juristes qui tiennent à l'existence d'une protection légale efficace pour la femme ne pourront que s'en féliciter, la femme trouve une garantie dans l'authenticité de l'acte, dans les formes dont il est entouré, dans les renseignements et les conseils donnés par l'officier public qui le rédige, elle est ainsi plus rarement exposée à être victime de sa faiblesse et de son inexpérience.

Comment se fait-il que le projet ait maintenu la distinction admise par la loi de 1855, au point de vue des formes de la publicité des subrogations, cessions ou renonciations, entre les cas où l'hypothèque de la femme est ou n'est pas inscrite.

Dorénavant, l'hypothèque étant astreinte à l'inscription et n'étant opposable au tiers qu'à dater de cette inscription, quel intérêt peut-il y avoir pour un créancier à se faire subroger à l'hypothèque légale de la femme lorsqu'elle n'est pas inscrite ? En effet, ou bien elle est inscrite et l'on tombe sous le deuxième terme de la distinction : « *les cessionnaires ne sont saisis de la cession ou renonciation qu'ils ont obtenue à l'égard des tiers, que par la mention de la subrogation en marge de l'inscription préexistante* » ou bien, elle n'est pas inscrite, alors pourquoi recourir à une subrogation inutile : le créancier n'a qu'à requérir directement inscription à son profit, il prendra rang à cette date et primera l'hypothèque de la femme inscrite postérieurement. Il semble donc absolument superflu de prévoir une hypothèse qui est sans intérêt pratique. Evidemment il arrivera très souvent que l'hypothèque légale de la femme ne sera pas inscrite : par exemple, le mari n'avait pas d'immeubles lors du contrat de mariage, personne ne s'est occupé de la requérir pour les différents chefs de créance qui peuvent être nés au profit de la femme, mais, dans ces cas, la subrogation n'offrira aucune utilité.

On ne peut guère concevoir qu'une hypothèse qui pourrait correspondre au premier terme de la distinction et en faire apparaître l'utilité pratique. C'est au cas où un créancier sera amené à faire inscrire l'hypothèque de la femme afin d'être saisi à l'égard des tiers de la

cession que celle-ci lui en aurait faite. C'est lorsqu'il s'agira d'un créancier personnel de la femme. Mais, dira-t-on, ce créancier personnel peut exercer ce droit en vertu de l'art. 1166, car il ne s'agit pas là d'un droit exclusivement attaché à la personne, ou de l'art. 775 du Code de procédure qui proclame formellement ce droit, sans toutefois y attacher l'avantage de la subrogation, et il n'est pas besoin d'envisager à nouveau une situation déjà réglée par d'autres dispositions de loi. Certainement, tout créancier personnel de la femme, peut requérir l'inscription de son hypothèque légale, en vertu de l'un ou de l'autre de ces textes ; mais l'on pourrait prévoir le cas où, en dehors des dispositions des art. 1166 du Code civil et 775 du Code de procédure, le créancier a obtenu une cession ou une subrogation authentique à l'hypothèque légale de la femme. Cette hypothèse se présentera rarement dans la pratique, néanmoins, on peut supposer une femme mariée qui s'est engagée avec autorisation de justice, ou qui, étant commerçante s'est obligée pour les besoins de son commerce. Comme de semblables obligations ne sont pas exécutoires sur les biens du mari ou de la communauté, si cette femme n'a pas de garanties particulières à fournir au créancier qui en exige, elle peut lui céder son hypothèque légale. Si celle-ci n'est pas inscrite, le créancier en requerra l'inscription. Il peut donc se présenter une hypothèse conforme à celle qui est prévue dans les termes suivants : « *Les cessionnaires, seront*

saisis à l'égard des tiers, par l'inscription de l'hypothèque légale de la femme à leur profit. »

Remarquons, à ce sujet, que les créanciers, dans ces différentes hypothèses, peuvent faire inscrire l'hypothèque légale de la femme sans aucune autorisation et qu'ils sont de ce fait plus favorisés que les personnes qui, n'ayant qu'un intérêt d'affection, sont obligés d'obtenir l'autorisation du président du tribunal.

En dehors de cette hypothèse exceptionnelle, on ne voit plus l'utilité de la subrogation, quand l'hypothèque légale de la femme n'est pas inscrite. Il faudrait supposer que le créancier l'exige parce qu'il craint que les époux, dans un but de fraude, fassent inscrire l'hypothèque de la femme, dans l'intervalle du temps qui s'écoulera, entre la constitution d'hypothèque à son profit, et l'inscription qu'il prendra. Quand cette manœuvre sera matériellement possible et que le créancier en redoutera l'emploi, il n'aura qu'à faire prendre des engagements à ce sujet par les époux, dans l'acte d'obligation, qui lui permettra de faire annuler une inscription, prise dans ces conditions, en invoquant la mauvaise foi des parties à son endroit. Dans le droit commun des constitutions d'hypothèque conventionnelle, un créancier quelconque dans la même situation, n'est pas autrement protégé contre une semblable manœuvre combinée entre le débiteur et des tiers.

Une difficulté paraît devoir se présenter sous l'empire de la loi proposée, quand ce sera un créancier qui

requerra inscription de l'hypothèque légale de la femme. Sous le Code civil, où l'hypothèque légale est générale, l'inscription peut-être requise par le cessionnaire sans que celui-ci n'ait à fournir aucune évaluation du droit hypothécaire de la femme ; mais sous le projet de loi qui astreint l'hypothèque légale de la femme à la spécialité, ne sera-t-il pas tenu de fournir une estimation de droit hypothécaire de son ayant cause dont il requiert l'inscription ?

Il semble qu'il ne puisse être question d'imposer cette obligation au cessionnaire de l'hypothèque légale. — Si cette garantie n'est pas inscrite pour une valeur déterminée, la seule évaluation qu'il ait à fournir pour en requérir l'inscription à son profit, sera celle du montant de la somme pour laquelle la subrogation ou la cession est consentie. Peu importe si cette somme est inférieure à la valeur de la créance hypothécaire de la femme. C'est à celle-ci, ou aux personnes qui en seront chargées ou qui y seront autorisées, à requérir un supplément d'hypothèque lorsqu'elle aura des droits supérieurs à garantir. L'inscription requise par le créancier n'épuise pas le droit hypothécaire de la femme, celle-ci peut toujours en faire usage pour lui faire produire les effets qui y sont attachés, lorsqu'elle le juge nécessaire.

Malgré la spécialité de l'hypothèque légale quant à l'étendue de la créance, nous ne pensons pas qu'elle fasse naître des difficultés en présence d'une hypothèse

dans laquelle la cession ou la subrogation consentie concernerait une créance plus élevée que l'évaluation de l'hypothèque de la femme. En effet, si l'hypothèque de la femme est déjà inscrite pour une somme déterminée, la subrogation s'exercera, ou bien jusqu'à concurrence de l'inscription déjà prise et pour le surplus viendra à sa date, s'il y a des inscriptions antérieures prises par des tiers ; ou bien s'il n'y a pas d'autres inscriptions, la femme pourra avoir, depuis le commencement du mariage, acquis quelque autre chef de créance contre son mari. — Dans le cas où elle se sera engagée avec lui, vis-à-vis du cessionnaire lui-même, ce sera une cause de créance qui dispensera d'en chercher d'autres (art. 1431). — L'inscription requise de ce chef servira à compléter la cession de la garantie jusqu'à due concurrence et elle pourra dans ce cas porter sur d'autres immeubles que ceux qui avaient été désignés pour être affectés à l'hypothèque légale de la femme.

En général, après la mise en vigueur de la réforme projetée, l'hypothèque légale de la femme étant inscrite, les cessionnaires ou les subrogés n'auront qu'à faire opérer une mention en marge de l'inscription préexistante. Cette mention devra d'abord, comme aujourd'hui, fournir toutes les indications nécessaires pour faire connaître aux tiers la subrogation, nom, prénoms et domicile du créancier subrogé, élection du domicile dans l'arrondissement, date et nature de l'acte de subrogation, montant de la créance garantie pour laquelle

la subrogation a été consentie. Ensuite, en raison de la spécialité, désormais appliquée, la mention devra contenir l'indication des biens sur lesquels porte déjà l'hypothèque légale de la femme, ou la désignation de ceux d'entre eux qui seraient spécialement affectés, si la subrogation est limitée à des immeubles déterminés. Cette mention en marge n'est que l'accessoire de l'inscription à laquelle elle se réfère. Elle en suit le sort et ne peut être valable que si l'inscription est elle-même régulière ; elle est soumise comme elle au renouvellement. Cette dernière particularité constitue une innovation importante.

De même, lorsque l'hypothèque légale de la femme n'étant pas inscrite, les parties recourent, néanmoins, à une subrogation, le créancier qui en requerra directement l'inscription à son profit ne pourra la faire porter que sur les immeubles qui auront été déterminés au contrat de mariage ou dans l'acte de subrogation, et le bordereau devra contenir désormais l'indication de l'espèce et de la situation des biens grevés ; ce qui n'était pas exigé jusque-là, en raison du caractère de généralité du droit hypothécaire cédé.

II. — Des différents traités que la femme peut consentir relativement à son hypothèque.

Voyons, suivant les différents traités que la femme peut passer relativement à son hypothèque légale,

quelles seront les conséquences de l'adoption de la réforme proposée et quelles modifications en résulteront dans leur exécution.

La femme peut :

1° Céder, c'est-à-dire, vendre ou donner à un tiers tout ou partie de sa créance hypothécaire ;

2° Céder son hypothèque indépendamment de sa créance en y subrogeant un tiers ;

3° Subroger un tiers dans sa créance hypothécaire ;

4° Céder à un créancier du mari l'antériorité dont elle pourrait se prévaloir vis-à-vis de lui ;

5° Renoncer à son hypothèque légale.

I. *Transport-cession de la créance hypothécaire.* — Le projet de loi ne prévoit pas une convention de cette nature, que l'on rencontre rarement dans la pratique, mais ce n'en est pas moins une convention permise.

Lorsque la femme cède à un tiers sa créance hypothécaire, il faut appliquer les règles ordinaires de la cession de créance. Si par exemple la femme a vendu ou donné sa créance à deux cessionnaires successifs, celui-là sera préféré qui, conformément à l'art. 1691 du Code civil, aura le premier signifié le transport au mari débiteur. Il n'est pas douteux que dans le cas où la femme n'aura pu le faire qu'avec l'autorisation du mari, cette autorisation intervenant dans un acte authentique dispensera de faire toute signification, puisque

celle-ci peut être remplacée par une acceptation dans un acte authentique.

Si la femme cède la totalité de sa créance ce sera, désormais, non plus un droit hypothécaire indéterminé et général, de sorte que le cessionnaire pourrait l'invoquer même sur les biens vendus par le mari à une époque où la créance de la femme ne lui avait pas encore été cédée : mais un droit dont le montant est, dès à présent, fixé et dont la garantie qui l'accompagne est limitée à certains biens connus.

Par sa détermination même, cette créance hypothécaire sera d'un transport plus commode, s'il ne subsistait pas l'incertitude de la date à laquelle elle pourra devenir exigible. Elle serait d'un usage et d'une négociation faciles.

II. *Subrogation proprement dite à la créance hypothécaire de la femme à la suite d'un paiement.* — Cette subrogation aura lieu nécessairement lorsque, suivant les dispositions de l'art. 1250 alinéa 1^{er}, la femme a reçu d'un tiers le paiement total ou partiel de sa créance contre son mari. Même lorsqu'une inscription n'aura pas déjà été prise, cette créance restera munie de l'hypothèque légale qui y est attachée, mais pour lui faire produire des effets le subrogé devra en requérir l'inscription, dans les termes où la femme aurait pu le faire, soit conformément à l'art. 19, soit conformément à l'art. 20, c'est-à-dire que dans ce dernier cas il devra faire les déterminations nécessaires.

Si la femme subroge un tiers dans une partie de sa créance et qu'ensuite elle en subroge un autre dans le surplus de cette même créance, les subrogés viendront, d'après la date de l'inscription prise, ou de la mention opérée, ainsi que le dispose l'art. 22 du projet qui reproduit l'art. 9 de la loi du 23 mars 1855.

III. *Cession de l'hypothèque indépendamment de la créance.* — Cette opération passée sous silence par le Code civil dont les travaux préparatoires ne parlent même pas, est devenue d'un usage tellement fréquent, dans la pratique, qu'elle est presque de style dans tous les actes où intervient une femme mariée. La femme ne pourrait profiter, au cours du mariage, de la garantie que la loi lui donne, puisqu'elle ne peut l'exercer directement qu'à sa dissolution, si la subrogation ne lui offrait un moyen d'en retirer quelque avantage, pendant le mariage, en en faisant usage, soit vis-à-vis d'un créancier qui lui est personnel, soit d'un créancier du mari pour fortifier le crédit de celui-ci, soit d'un tiers acquéreur.

Depuis le Code civil, deux textes outre les décrets des 28 février-9 avril 1852 sur les sociétés de crédit foncier, dont nous avons parlé et qui ne font que la mentionner, se sont occupés de la subrogation à l'hypothèque légale de la femme : la loi du 23 mars 1855 dont l'art. 9 établit seulement sous quelle forme la subrogation doit être faite, sans rien dire de sa nature et de ses effets, et la loi

du 13 février 1889 qui règle les conséquences de la renonciation au profit de l'acquéreur. La matière de la subrogation n'a donc pas été spécialement réglementée, bien que son principe en ait été admis et que le fonctionnement de cette opération ait été de toute nécessité sous l'empire du Code où la totalité des biens du mari est grevée de l'hypothèque. Le mécanisme de cette opération, d'autant plus délicate et difficile, en raison du caractère de généralité du droit cédé, sera désormais bien simplifié par la publicité et la spécialité de l'hypothèque légale de la femme. Elle soulèvera, désormais, de moins grandes difficultés grâce à la précision des droits en cause, et sauf l'obligation maintenue de recourir à un acte authentique, plus rien ne la distinguera d'une subrogation à une hypothèque conventionnelle quelconque et les règles qui président à cette dernière lui seront directement applicables. On se rendra un compte plus exact des conséquences de la cession de cette garantie, puisque la somme jusqu'à concurrence de laquelle la femme pourra la consentir utilement sera connue. Aujourd'hui, le montant de la créance hypothécaire de la femme était indéterminé, les subrogés ne savent jamais s'il leur a été transmis un droit utile. Dans le cas où la femme aurait subrogé plusieurs créanciers à des dates différentes et où le montant de sa créance hypothécaire évaluée serait inférieur à la dernière subrogation consentie, le bénéficiaire de la cession exercera évidemment son droit jusqu'à concurrence de l'inscription déjà exis-

tante. Mais pourra-t-il se prévaloir de la subrogation consentie pour requérir à son profit une nouvelle inscription sur les mêmes immeubles dans le cas où leur valeur marchande serait supérieure au chiffre de l'inscription ou sur d'autres immeubles du mari, afin que la totalité de la créance se trouve sauvegardée ? La femme ne l'a-t-elle pas investi du droit hypothécaire attaché à sa qualité d'incapable, qui n'a qu'à se manifester pour produire tous les effets qui y sont attachés ? Actuellement, tous les créanciers que la femme a subrogés ont les mêmes droits qu'elle, mais ils n'en ont pas plus ; comme ces droits sont indéfinis par leur indétermination, ils peuvent les conserver par des inscriptions, sans qu'il y ait lieu de se préoccuper de leur montant. Mais, dorénavant, l'hypothèque pour être inscrite, devant être évaluée sur des bases plausibles, les créanciers subrogés ne pourront requérir des inscriptions postérieures, pour le surplus à leur profit, que si la femme a des causes de créance contre son mari et jusqu'à concurrence de la valeur de ses créances. Lorsque le montant de l'hypothèque déterminée au contrat sera couvert par des subrogations, si la femme n'a pas vu naître au cours du mariage d'autres droits à son actif, son droit hypothécaire existe bien, mais il est nul, il est à zéro et ses créanciers subrogés ne peuvent en user en son nom, autrement elle leur aurait transmis dans les cessions plus de droits qu'elle n'en a elle-même.

La limitation des subrogations utilement opérées

sera donc la conséquence de la spécialisation de l'hypothèque légale de la femme. Si les inscriptions étaient requises sur des estimations arbitraires de créances injustifiées, le mari pourrait en demander la radiation, comme il peut poursuivre la réduction de toute évaluation exagérée. Les créanciers subrogés en subiront les conséquences, parce que la subrogation doit suivre le sort de l'hypothèque.

Mais, tout cela n'est pas à craindre, car, en général, la femme ne se sera engagée que pour les affaires du mari et de la communauté, d'où de nouveaux chefs de créance pour elle contre son mari d'un côté et d'un autre côté les créanciers auront une action personnelle et hypothécaire contre le mari.

Dans ce cas, lorsque la femme aura subrogé un créancier, après en avoir subrogé d'autres pour des sommes qui atteignent le montant de son hypothèque inscrite, il y aura une créance pour l'indemnité des dettes (art. 1431) au profit de la femme contre le mari, qui servira de fondement pour faire inscrire une nouvelle hypothèque en vertu de l'art. 20. C'est dans cette hypothèse que l'on aperçoit l'application de la disposition de l'art. 22 du projet qui permet l'inscription de l'hypothèque légale de la femme au profit du cessionnaire. Mais on en arrive toujours à se demander si la pratique connaîtra cette opération : Pourquoi recourir à la subrogation, du moment où l'inscription prise directement au profit du créancier sur les immeubles

du mari lui attribue un rang que l'inscription de l'hypothèque légale ne peut améliorer et auquel cette hypothèque ne peut nuire, puisqu'elle ne lui est pas opposable tant qu'elle n'est pas inscrite ?

L'introduction d'une absolue précision dans les droits de la femme et d'une clarté complète dans leur transmission, conséquence de la réforme proposée, sera plus avantageuse pour tout le monde dans un sens, mais l'organisation de la publicité présentera un grand danger pour la femme. Aujourd'hui, sauf lorsque la subrogation est consentie au profit d'un de ses créanciers personnels, la femme, malgré cette subrogation, conserve le bénéfice de son hypothèque qu'elle abdique seulement dans la limite de l'intérêt du subrogé ; quand celui-ci sera désintéressé, en vertu de la généralité de son droit, même si elle n'a pas cédé simplement son antériorité ; elle vient de suite après lui à l'encontre des créanciers hypothécaires postérieurs du mari et de tous les créanciers chirographaires. Tandis que, désormais, même lorsqu'elle se sera obligée pour le mari, et sera réputée sa caution, le bénéfice de l'hypothèque qu'elle aura transporté au tiers subrogé sera irrémédiablement perdu pour elle, si elle ne le sauvegarde pas par une nouvelle inscription qui le lui conservera, au moins, vis-à-vis de créanciers hypothécaires postérieurs et la fera préférer aux créanciers chirographaires.

Ce serait le cas de se demander si une législation qui tiendrait à assurer à la femme une protection efficace

ne devrait pas prescrire au Conservateur des hypothèques, qui opérera la mention de subrogation, de prendre d'office une nouvelle inscription au profit de la femme pour le montant de la subrogation consentie. Il serait peut-être même suffisant de disposer dans la loi que les créanciers postérieurs seront encore primés par la femme, sans nouvelle inscription de la part de celle-ci, parce qu'on peut les considérer comme suffisamment avertis par l'examen de l'état d'inscription qui leur révèle, outre la créance primitive de la femme, l'existence à son profit de la créance pour indemnité que son hypothèque légale garantit.

IV. *Cession d'antériorité.* — La femme peut céder seulement son droit d'antériorité, c'est-à-dire consentir, à titre de garantie, à un créancier le droit de prendre son rang hypothécaire et d'être, quoique postérieur en date payé avant elle sur les biens du mari.

A la différence des autres modes de cession précédemment énumérés, qui peuvent intervenir, soit au profit d'un créancier de la femme, soit au profit d'un créancier du mari, celui-ci ne peut intervenir qu'au profit d'un créancier du mari, et seulement d'un créancier hypothécaire. La cession d'antériorité constitue, aujourd'hui, une simple interversion de rang entre la femme qui cède le sien et le créancier qui vient prendre sa place. C'est le mode le moins désavantageux pour la femme ; aussi, c'est lui que la pratique connaît

le plus généralement. Sous l'empire du projet, il restera toujours possible mais en raison de la spécialité quant à l'assiette de l'hypothèque, le sacrifice consenti par la femme ne se restreindra pas toujours à cette limite (interversi^{on} du rang).

En effet si la femme a une inscription pour 50 sur un immeuble qui vaut 60 et qu'elle cède son rang pour 30 il ne lui restera plus de garantie que pour 30. Il lui faudra donc prendre une autre inscription sur d'autres immeubles du mari, s'il y en a, pour garantir le surplus de sa créance.

Dans cette espèce et par ce mode, elle perd moins cependant, que par une subrogation dans son hypothèque ou dans sa créance. En effet, dans ces sortes de cessions, en reprenant les mêmes chiffres, ayant subrogé un tiers ou cédé sa créance pour 30, il ne lui resterait de garantie que pour 20, et elle serait obligée de prendre une nouvelle inscription pour 10, afin que la totalité de la valeur de l'immeuble reste affectée à son hypothèque.

L'interversi^{on} du rang ne lui causera pas de préjudice quand l'immeuble sera suffisant pour couvrir les deux créances. Néanmoins, il ne faut pas s'étonner que dans cette hypothèse, le créancier ait exigé la cession d'antériorité; il a intérêt à ne pas courir les risques d'une dépréciation de l'immeuble et de la diminution de valeur du gage.

Si l'on suppose que la femme ait cédé l'antériorité

sur son hypothèque déterminée au contrat de mariage et que la valeur des immeubles affectés soit absorbée par la créance ainsi admise à un rang de faveur, ne sera-ce pas apporter une modification aux conventions matrimoniales que de reporter l'hypothèque de la femme, évaluée au contrat et assise sur ces biens, sur d'autres immeubles du mari qui n'ont pas été désignés dans le contrat ? Si la question au point de vue des principes pouvait faire naître un doute, dans la pratique, elle ne peut présenter de difficultés.

La femme pourra toujours, en vertu de l'art. 20, requérir inscription sur d'autres immeubles du mari, parce que la conservation d'une garantie sera devenue nécessaire.

V. Renonciation. — Elle peut intervenir soit au profit d'un prêteur de deniers, soit au profit d'un acquéreur.

Elle n'intervient, généralement, au profit d'un prêteur de deniers, quand il s'agit d'un créancier hypothécaire, que lorsqu'un ordre est ouvert, sur les immeubles du mari. Avant cet événement, on a de préférence, recours à la subrogation ou à la cession d'antériorité.

Les conséquences d'une semblable convention, sous l'empire du projet, seront les mêmes que sous le Code civil, puisqu'à ce moment-là, l'hypothèque légale de la femme est inscrite et il s'élève la même question de savoir, si la renonciation est simplement extinctive ou

si elle est investitive. L'intérêt se manifestera lorsque la femme voudra renoncer en faveur d'un créancier postérieur à d'autres ; le fera-t-elle monter à son rang pour la somme que son inscription a conservée ? L'on admet généralement que la renonciation est translatrice du droit abandonné quand les parties ont manifesté l'intention de lui faire produire cet effet. Il est dans l'esprit de nos institutions civiles de permettre d'investir une personne d'un droit, lorsqu'on s'est désisté en sa faveur. C'était aussi la tradition de l'ancien droit : « *Le favorisé entre dans l'hypothèque du renonçant* », disait le Président Lamoignon.

Si la renonciation intervient en faveur d'un créancier chirographaire, la convention ne sera, de la part de la femme, qu'une renonciation au droit d'invoquer contre ce créancier l'avantage qu'elle trouve dans son hypothèque légale. L'effet de cette promesse d'abstention ne pourra être invoqué contre la femme que par les créanciers auquel cette promesse aura été faite, et non par les autres ; de sorte que l'inscription prise conserve toute sa valeur, sauf l'engagement personnel pris vis-à-vis de ce créancier de renoncer en sa faveur à la préférence de sa créance.

L'on admet, sous l'empire du Code civil que l'on peut induire, de certains actes qui la font supposer, une renonciation tacite de la part de la femme à son hypothèque légale au profit d'un créancier : par exemple, lorsque la femme s'oblige solidairement avec son mari

envers un prêteur et donne son consentement à l'acte par lequel le mari constitue une hypothèque sur un de ses immeubles au profit du prêteur. Devra-t-on admettre la même solution, aujourd'hui, lorsque l'hypothèque ainsi constituée affectera des immeubles sur lesquels la femme a déjà pris inscription ? Il semble que oui, car on ne peut donner une autre explication du concours de la femme à la constitution d'hypothèque faite par le mari : son consentement n'était pas nécessaire pour la validité de cette constitution : la femme n'a pu intervenir que pour rassurer le prêteur et elle ne peut le rassurer qu'en renonçant à son hypothèque. Cependant l'on peut s'étonner que cette intention n'ait pas été exprimée formellement, quand il était si facile de la faire, surtout dans ce cas, où les parties ne peuvent avoir omis l'énonciation de la cession d'antériorité par ignorance, puisqu'elles ont dû recourir au ministère d'un notaire pour cette convention, — toute constitution d'hypothèque devant être faite par acte authentique. Aussi, en cas de contestation, il y aura une question de fait à résoudre par le juge. Il n'y aurait pas renonciation tacite à l'hypothèque légale de la part de la femme, si celle-ci s'était bornée à s'obliger solidairement avec son mari sans donner son consentement à la constitution d'hypothèque. Car il n'y a pas lieu de présumer, dans cette hypothèse, que la femme ait entendu renoncer à son hypothèque ; elle a pu seulement vouloir s'obliger envers le créancier. Quand il

y aura lieu de l'admettre, cette renonciation produira tous les effets d'une cession d'antériorité ; il n'y aura que le créancier au profit duquel elle sera intervenue, qui pourra s'en prévaloir.

Lorsque la constitution d'hypothèque affectera des immeubles sur lesquels la femme n'aura pas encore pris inscription, son concours à cette convention aura pour effet de lui interdire d'inscrire son hypothèque, si elle a quelque fondement de le faire avant que le créancier ne l'ait fait lui-même. Autrement, le créancier pourrait faire invalider à son égard l'inscription, comme prise en fraude de ses droits, contrairement aux conventions intervenues, d'où résulte une renonciation tacite à son profit.

La renonciation de la femme à son hypothèque légale s'exerce surtout au profit de l'acquéreur d'immeubles du mari. Mais, dorénavant, il ne sera nécessaire d'y recourir que dans le cas où l'hypothèque de la femme sera inscrite ou lorsque l'acquéreur aura quelque sujet de redouter que la femme ne prenne inscription dans l'intervalle qui s'écoulera entre la vente et la transcription ; pour s'assurer qu'une semblable manœuvre ne pourra être employée contre lui, il exigera le concours de la femme à l'acte d'aliénation et sa renonciation expresse.

La principale innovation du projet de la Chancellerie en ce qui concerne cette renonciation résulte dans la suppression du § 2 de l'art. 22 des mots : « *et vaut* :

purge », que contenait le § 1 de l'article unique de la loi du 13 février 1889 et l'abrogation des derniers alinéas de cette loi. Dorénavant, la renonciation emportera extinction pure et simple de l'hypothèque. Mais cette renonciation pourra-t-elle résulter implicitement du concours de la femme à l'acte d'aliénation, comme nous avons admis que la renonciation tacite pouvait s'induire de son consentement à la constitution d'hypothèque au profit d'un prêteur de deniers ? Les mêmes raisons qui nous ont fait adopter cette solution nous font adopter l'affirmative. Quelle serait en effet la signification de la présence de la femme à l'acte d'aliénation d'un immeuble appartenant au mari ? En dehors de son hypothèque, la femme ne possède bien aucun droit qui justifie son intervention à la vente ; pour que sa présence ait une signification, il faut lui attribuer le sens d'une renonciation à son hypothèque. D'ailleurs la suppression du § 3 de l'article unique de la loi du 13 février 1889, qui fixe les conditions desquelles on peut induire une renonciation tacite, peut être invoquée à l'appui de cette solution : il ne sera plus nécessaire que la femme stipule comme co-venderesse, garante ou caution du mari, pour que la renonciation résulte de son concours à l'acte ; sa seule présence, en l'absence de stipulation expresse, entraînera renonciation de sa part à son hypothèque et extinction de cette garantie.

Le projet supprime également la survivance de droit de préférence au profit de la femme qui a renoncé à

son hypothèque. Les questions soulevées par les dispositions de la loi de 1889, au sujet de la validité des paiements faits par l'acquéreur, ne se poseront plus et l'on s'en tiendra à l'application du premier alinéa de ce texte dont la rédaction ne prête pas aux critiques qui ont été adressées aux dispositions suivantes.

III. — Disposition particulière de l'art. 23.

L'art. 22 reproduisant l'art. 9 de la loi de 1855 commence par ces mots : « *Dans les cas où les femmes peuvent céder leur hypothèque légale ou y renoncer* ». Il y a donc aussi des cas où ces cessions ou renonciations sont impossibles ? C'est quand la femme ne peut aliéner ses créances matrimoniales ni, par conséquent, se dépouiller des sûretés qui en garantissent la restitution ; c'est lorsqu'elle est mariée sous le régime d'inaliénabilité qui est le régime dotal.

Mais l'art. 23 du projet ouvrira une brèche plus ou moins considérable dans l'édifice formé par ce régime, suivant la portée et l'interprétation qui sera donnée à ce texte. Aujourd'hui, l'on peut presque dire que la soumission au régime dotal frappe d'inaliénabilité, non seulement les biens de la femme, mais encore ceux du mari lui-même, car ceux-ci sont grevés de l'hypothèque légale de la femme, à laquelle on dénie le droit de se dépouiller par un mode quelconque de cette sûreté qui garantit la restitution de sa dot mobilière. Sans

songer à aborder la célèbre question de l'aliénabilité de la dot mobilière, nous nous bornons à constater que, malgré les arguments que nombre d'auteurs trouvent décisifs, la jurisprudence (1) est fixée dans le sens de l'inaliénabilité de la dot mobilière par rapport à la femme. Par conséquent, la femme est incapable de faire indirectement cette aliénation en se dépouillant de son hypothèque légale. La disposition de l'art. 23 renforce d'ailleurs cette opinion, puisque le projet de la Chancellerie présente comme une innovation la faculté accordée à la femme de faire l'abandon de cette garantie dans des cas déterminés.

Observons que ce texte ayant un caractère exceptionnel doit recevoir l'interprétation restrictive ; par conséquent, la femme ne pourra effectuer l'abandon de sa société légale que par la cession d'antériorité au profit d'un créancier hypothécaire et non par la renonciation à la subrogation. De plus elle ne pourra le faire que lorsqu'il s'agira de constructions ou de réparations ayant pour but de conserver ou d'améliorer les immeubles grevés.

L'exposé des motifs à l'occasion de l'art. 23, dit : « Cette disposition aura pour effet de faciliter aux architectes, entrepreneurs, etc..... la réalisation de l'hypothèque conventionnelle que nous avons prévue plus haut en demandant la suppression de leur privilège. »

(1) Cassation, 3 février 1879 ; 27 avril 1880 ; 4 juillet 1881. Nîmes, 11 janvier 1882.

Doit-on, se fondant sur cette observation, décider que la cession d'antériorité ne pourra intervenir qu'en faveur d'une catégorie de personnes comprenant les fournisseurs d'ouvrage ou de matériaux pour les travaux à faire aux immeubles grevés, et méconnaître la validité d'une semblable convention intervenant au profit d'un prêteur de deniers. Il nous paraît impossible de limiter ainsi à une classe de personnes l'usage de la faculté accordée par l'art. 23. Ce texte est plus général et nous paraît autoriser la cession d'antériorité vis-à-vis de tout créancier qui fournira des fonds pour des constructions à ajouter ou des améliorations à apporter aux immeubles grevés.

Comme il n'y a aucune autorisation à obtenir, ni aucun moyen de contrôle organisé, il arrivera en fait que des emprunts pourront être contractés par le mari avec cession d'antériorité à l'hypothèque légale de la femme sans que les deniers soient destinés au but pour lequel le projet permet cette convention. La cession d'antériorité consentie pourra-t-elle être annulée ? S'il est établi que les parties se sont servies des dispositions de la loi pour un usage autre que celui qui est prévu dans le texte, la nullité devra en être évidemment prononcée. Mais qui pourra se prévaloir de cette fraude et demander la nullité ? Les créanciers personnels de la femme antérieurs à cette cession le pourront sans conteste, puisqu'ils y ont un intérêt indiscutable lorsqu'elle leur cause un préjudice. Mais la femme elle-même et ses

héritiers peuvent-ils être admis à attaquer cette convention dans les cas où elle sera intervenue en dehors des prévisions de la loi, comme faite contrairement aux dispositions qui règlent le régime matrimonial adopté, et invoquer l'inaliénabilité dotale pour faire prononcer la nullité de la cession d'antériorité ?

C'est une des questions les plus délicates que soulève le projet de la Chancellerie. Si l'on n'admet pas que la femme puisse, comme en cas d'aliénation de ses immeubles dotaux, faire révoquer la cession d'antériorité consentie, l'on porte au régime dotal une atteinte considérable et c'est l'inaliénabilité de la dot mobilière qui en découle indirectement. Si, au contraire, on permet à la femme de faire prononcer la nullité de cette convention, l'on conserve à ce régime son intégrité.

Nous ne sommes pas éloigné de croire que les auteurs du projet ont, en réalité, voulu atteindre le régime dotal en raison des entraves qu'il apporte au crédit public. La discussion fera le jour sur ce point et déterminera la portée de cette disposition. Nous bornant à l'exégèse du texte, nous pensons que la cession d'antériorité prévue par l'art. 23 ne pourra pas être attaquée par la femme : il faudrait pour lui permettre de demander à être restituée contre son engagement personnel un texte qui lui en donne explicitement le droit. L'art. 1560, qui lui permet de faire prononcer l'aliénation des biens dotaux lorsqu'ils ont été vendus en dehors des cas exceptionnels énumérés dans l'art. 1558,

ne parle que du *fonds dotal* et ne nous paraît pas applicable à l'abandon des sûretés qui garantissent la restitution de la dot. Nous pouvons en ce sens invoquer tous les arguments qui militent en faveur de l'aliénabilité de la dot mobilière. Enfin, il nous semble que, dans la pratique, laisser cette menace suspendue sur la tête des prêteurs de deniers comme sur celle de l'acquéreur des immeubles dotaux, aboutira à éloigner tous les prêteurs, même dans le cas où l'emprunt serait véritablement destiné au but prévu par la loi, car le créancier ne voudra pas s'astreindre à surveiller l'emploi des fonds qu'il fournit. S'il arrive que la femme cède de bonne foi son antériorité et que le mari dissipe les sommes empruntées au lieu de les utiliser à faire des constructions, des améliorations, ou des réparations aux immeubles grevés, elle sera évidemment lésée, mais elle aura le secours de la séparation de biens, tandis que les créanciers n'auraient aucun recours et seraient toujours exposés à subir les conséquences d'une collusion entre les époux destinée à leur faire perdre un rang utile pour la garantie qu'ils auront stipulée.

CONCLUSION

Tout a été dit sur la nécessité de l'inscription des hypothèques légales et les inconvénients que comporte leur généralité. Les critiques les plus amères n'ont cessé d'être adressées au régime du Code pour les faveurs exceptionnelles dont il entoure la garantie des incapables. Paul Pont disait déjà en 1856 : qu'il n'y avait plus guère à défendre le système des hypothèques légales contre les critiques dont il a été l'objet (1). Attaqué dès les premières années qui ont suivi sa mise en vigueur, il est loin d'avoir eu l'avantage d'une possession paisible, suivant l'heureuse expression que Treilhard appliquait au régime de l'ancienne France ; jamais son existence n'a été aussi menacée depuis la tentative de réforme de 1850 qui a servi de préparation à la loi de 1855. Après le vote de cette loi, Troplong, le plus illustre des rares défenseurs du régime du Code, se félicitant des proportions modestes de cette œuvre législative, s'écriait : « Le Code ayant établi les vrais prin-

(1) Paul Pont, 1, p. 414.

cipes à cet égard (contrairement aux dispositions de la loi de brumaire), la loi du 23 mars les a sagement maintenus, malgré les clameurs dont nous avons été témoins pendant trente ans. La cause des hypothèques légales, si souvent compromise par les sophismes et les hardiesses économiques, a été enfin gagnée et nous espérons que ce procès ne se plaidera pas de longtemps (1) ? » Combien cette doctrine nous paraît aujourd'hui attardée, en présence du mouvement d'opinion actuel et combien cette espérance paraît chimérique, en présence des efforts tentés de toutes parts pour amener la réforme de la législation hypothécaire, suivant les bases adoptées en principe dans le Code civil et consacrées par les législations voisines, sans y admettre d'exception ni de tempérament.

Cependant, le projet de la Chancellerie n'a pas reçu de toutes parts un accueil favorable. Beaucoup de critiques lui ont été adressées, mais ce sont, surtout, des critiques de détail et qui se rapportent à d'autres parties que celle de l'inscription et de la spécialisation de l'hypothèque légale de la femme mariée. Néanmoins, cette réforme dont nous avons étudié le mécanisme et qui nous paraît devoir constituer un si réel progrès a trouvé des détracteurs : on redoute pour les femmes l'obligation d'inscrire et de spécialiser l'hypothèque légale, l'on prétend que les intérêts des incapables seront

(1) Troplong, *Transcription hypothécaire*, p. 307.

absolument sacrifiés et que ce sont les prêteurs d'argent qui bénéficieront de l'amoindrissement de la protection que la loi leur accordait jusqu'ici.

Croît-on que les intérêts des femmes seront véritablement compromis par la transformation de cette garantie ? Ne sait-on pas que celles-ci, lorsqu'elles ne sont pas mariées sous le régime dotal, peuvent en quelque sorte être divisées en deux classes, celles qui sont prêtes à tous les sacrifices, pour faciliter à leurs maris les entreprises auxquelles ils se livrent, et leur sauvegarder l'honneur, s'ils ne réussissent pas ; et celles qui ne consentent à sacrifier leurs intérêts matériels à aucune considération, soit d'affection, soit de devoir conjugal. Pour les premières, il n'y aura rien de changé ; elles continueront de se ruiner avec et pour leurs maris. Quant aux secondes, ce n'est pas la nécessité de l'inscription qui leur causera un préjudice ; du moment où la conservation de leurs intérêts pécuniaires dominera leur conduite, elles ne manqueront pas de recourir utilement aux formalités, qui assureront l'efficacité de leur garantie légale.

Si l'on objecte que le nouveau régime apportera, néanmoins, un changement en ce sens qu'aujourd'hui, les femmes qui veulent sacrifier leur fortune peuvent le faire, mais, qu'au moins pour cela il faut qu'elles y consentent expressément, tandis que dorénavant elles pourront se trouver dépouillées à leur insu, nous ré-

pondrons qu'à l'heure actuelle le nombre des femmes complètement ignorantes de leurs droits tend de plus en plus à décroître, et que celles qui seraient absolument étrangères à ces questions auront plus de chance qu'aujourd'hui d'en être informées. D'abord, au moment du mariage elles auront connaissance de la garantie dont elles peuvent user, en requérant l'inscription, par les négociations auxquelles la détermination de l'hypothèque aura donné lieu ; puis, dans le cours du mariage, en raison même du péril que peut courir leur patrimoine entre les mains du mari ; sans aucune sûreté pour sa restitution, il ne manquera de parents et de personnes leur portant intérêt, pour les éclairer sur leurs droits. Nous ne croyons pas qu'il y ait lieu de craindre que, seules, ce soient les moins intéressantes parmi les femmes mariées qui continueront à profiter de la garantie que la loi accorde aux incapables. Evidemment, celles qui ont pour principale préoccupation la conservation de leurs intérêts seront les premières à s'assurer cette protection, mais en fait, les autres ne manqueront pas d'avertissement pour en acquérir également le bénéfice, et il y a lieu de croire que les femmes qui n'auront pas recouru à la formalité substantielle de l'inscription seront les mêmes que celles qui, aujourd'hui, consentent sous différentes formes les renonciations répétées à leur hypothèque légale et se dépouillent pour venir en aide au crédit du mari. L'on peut, d'ailleurs, prendre plus de mesure que n'en orga-

nise le projet pour assurer l'inscription de l'hypothèque légale de la femme, bien que l'on puisse être persuadé, à l'avance, que ce seront uniquement les inscriptions prises sur l'initiative propre de la femme ou de ses parents, qui répondront à un besoin véritable et amèneront un résultat utile ; dans les autres cas, les subrogations et renonciations en détruiront vraisemblablement les effets.

Au cours de l'exégèse des articles relatifs à l'hypothèque légale de la femme mariée, nous n'avons pas épargné les critiques à l'adresse de certaines dispositions du projet qui nous paraissaient susceptibles de modifications ou d'amendements, afin de supprimer toutes causes de difficultés dans l'application. Mais, la publicité et la spécialité, appliquées à l'hypothèque légale de la femme, nous a toujours paru devoir réaliser une amélioration considérable, en faisant disparaître de nombreux inconvénients du régime actuel.

Au reproche de constituer un danger pour les incapables, le Congrès de la propriété bâtie, devant lequel le projet de la Chancellerie n'a pas trouvé grâce, a ajouté que les modifications proposées au régime de l'hypothèque légale sont inutiles en présence des art. 2143 et 2144 du Code civil. Ces articles organisent précisément la réduction et la restriction des hypothèques légales seuls moyens de remédier aux imperfections de notre régime hypothécaire. Si le Congrès ne demande pas l'abrogation de ces articles et s'il admet

l'utilité des opérations qu'ils organisent, l'on peut s'étonner de cet argument : en effet, une de ces opérations n'étant pas dans les usages, l'autre étant soumise à l'accomplissement des formalités trop complexes, le projet de loi tend précisément à rendre la première d'un emploi usuel et à faciliter la seconde. On ne peut donc contester l'utilité de dispositions destinées à généraliser les moyens qui permettent d'échapper à des complications indiscutables.

Si l'on prend des mesures efficaces pour assurer l'inscription de l'hypothèque légale, lorsqu'elle deviendra nécessaire, afin de calmer les inquiétudes des partisans d'une étroite protection des incapables, il nous semble, sous la réserve des observations que nous avons été amené à faire à l'occasion de chaque article, que l'adoption du projet de 1896 constituera un grand bienfait et que le crédit public en retirera des avantages considérables. Quelle facilité donnée aux affaires, lorsque l'on pourra s'en remettre entièrement à la sincérité des états d'inscriptions dont on requiert la délivrance !

Quand celui-ci contiendra la mention de l'hypothèque légale de la femme et par un perfectionnement désirable, le montant du droit hypothécaire évalué, le prêteur verra de suite s'il doit conclure l'opération, étant donnée la valeur de l'immeuble sur lequel on lui offre une hypothèque, en tous cas il sera assuré de ne courir aucun risque de voir se révéler postérieurement

des droits qui lui seraient préférés. Quelle plus grande sécurité introduite dans les transactions immobilières ! Combien d'immeubles se trouveront désormais libres de toutes charges ! quelles complications évitées et que de frais économisés, à l'occasion de la purge et de la procédure d'ordres. Le régime dotal verra bien de ces inconvénients disparaître, non seulement par l'application de l'art. 23, mais surtout par la spécialité qui laissera affranchie de l'hypothèque une partie des biens du mari. Car, ainsi que nous l'avons observé, la soumission au régime dotal avec l'inaliénabilité de la dot mobilière, telle que la comprend aujourd'hui la jurisprudence, entraîne l'inaliénabilité relative des immeubles du mari ; désormais ceux-ci ne seront plus que partiellement grevés.

L'hypothèque légale avec ses caractères actuels n'offre souvent qu'une protection insuffisante et inefficace à la femme, ce sera plutôt lui rendre service en organisant la spécialité de son hypothèque. Ainsi que l'observait M. Bufnoir à la commission du cadastre, on ne lui demandera plus, à chaque instant, son intervention pour la faire renoncer à cette garantie, ou elle aura de bonnes raisons pour la refuser, du moment où elle sera limitée à l'étendue de ses droits.

Ce serait nous répéter que d'insister sur tous les avantages que présentera l'adoption de cette réforme qui consolidera et développera le crédit foncier en faci-

litant dans une large mesure le mouvement des échanges et des transactions immobilières.

En terminant l'examen des dispositions du projet, nous lui adressons encore une critique de détail : c'est l'absence de dispositions transitoires. La proposition de 1850 en contenait ainsi que la plupart des réformes récentes introduites dans les législations étrangères. En effet, quelle sera la situation de la femme dont le mariage aura été célébré avant l'adoption du projet de loi ? On ne saurait sans donner à la loi un effet rétroactif qui n'est pas de la nature de nos institutions civiles, obliger la femme à prendre inscription pour les créances résultant de la constitution de dot et des conventions matrimoniales. En l'absence de toute disposition à cet égard, il nous paraît incontestable que la dispense d'inscription subsisterait encore pendant la durée du mariage et une année après pour la créance en reprises comprenant les apports de l'épouse et les conventions du contrat. Mais, pour les chefs de créance dont la naissance sera postérieure à la promulgation de la loi, il est certain qu'ils ne seront garantis par l'hypothèque légale que si l'inscription en est requise. Ces solutions conformes aux principes, nous paraissent devoir découler de l'absence de toute disposition transitoire expresse. Néanmoins, il eût peut-être été bon de les énoncer. La raison qu'on pourrait avoir de douter de leur exactitude résiderait dans cette considération que le projet ne

charge personne de prendre inscription dans un certain délai et s'en remet aux seules parties du soin de la requérir. Le rapport de M. de Vatimesnil sur le projet de 1850 présentait, comme seul fondement de ses dispositions transitoires proclament la continuation de la dispense d'inscription pour les créances antérieures à la promulgation de la loi, cette considération qu'il serait injuste d'astreindre ces créances à l'inscription, parce que l'intervention des officiers publics chargés de la requérir n'était plus possible et que les droits des incapables seraient sacrifiés, puisqu'ils n'auraient plus la garantie que présentait l'obligation incombant à ces personnes ; et que, si la loi de brumaire avait astreint à l'inscription des hypothèques légales antérieures à sa promulgation, c'est parce que cette loi n'avait pas organisé le même système de protection consistant dans l'intervention d'officiers publics spéciaux et laissait l'accomplissement de cette formalité à l'initiative des intéressés.

Ce point de vue nous paraît inexact :

La loi de brumaire, comme beaucoup de lois de l'époque révolutionnaire portant l'empreinte d'une réaction violente, a été douée d'un effet rétroactif, parce que le législateur a voulu manifester par là sa volonté de briser complètement avec les anciennes institutions. Mais, après le Code civil qui a édicté les principes qui président à l'exécution des lois (art. 2), il nous paraît qu'il n'aurait pas fallu interpréter le projet de 1850, à

défaut de dispositions transitoires, autrement que le texte ne réglait lui-même dans ces dispositions l'application de la réforme qu'il consacrait. Bien que nous ne croyons pas que le silence de la loi prochaine puisse faire naître des doutes sur ce point, il serait préférable de déterminer expressément des mesures transitoires, de manière à prévenir toute difficulté.

Vu :

Le Président de la thèse,
M. PLANIOL.

Vu :

Le Doyen,
GARSONNET.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
GRÉARD.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
CHAPITRE I. — Historique de l'hypothèque légale de la femme mariée.	1
I. — <i>Origine et caractère de l'hypothèque légale. Lois de l'époque révolutionnaire.</i>	1
II. — <i>Confection du Code civil. Discussion relative à cette institution</i>	9
III. — <i>Lois qui ont modifié le régime de l'hypothèque légale depuis le Code civil.</i>	26
§ 1. — <i>Loi commerciale de 1838.</i>	28
§ 2. — <i>Lois du 30 juin 1838 sur les aliénés et du 24 juillet 1889 sur la protection des enfants.</i>	32
§ 3. — <i>Loi des 10-13 juin 1853 sur les sociétés de crédit foncier</i>	33
§ 4. — <i>Loi du 23 mars 1855 sur la transcription</i>	35
§ 5. — <i>Loi du 21 mai 1858 contenant des modifications au Code de procédure civile.</i>	40
§ 6. — <i>Loi du 13 février 1889</i>	42
IV. — <i>Projets de réforme depuis le Code civil.</i>	45
§ 1. — <i>Proposition de 1850 et rapport de M. de Vatimesnil.</i>	46
§ 2. — <i>Proposition de M. de la Grasserie au Congrès international de la propriété foncière</i>	54
§ 3. — <i>Proposition de MM. Dupuy-Dutemps, Brisson et Georges Leygues.</i>	57
§ 4. — <i>Vœux du Congrès de la Propriété immobilière de 1896.</i>	63
§ 5. — <i>Institution de la Commission du cadastre (1894)</i>	63
CHAPITRE II. — Exposé des législations étrangères	66
I. — <i>Législations dérivées du Droit romain.</i>	68
1. Belgique	69
2. Italie.	72
3. Suisse romande	77

4. Espagne	80
5. Portugal	82
6. Mexique.	89
7. Pérou.	92
II. — <i>Législations germaniques.</i>	95
1. Bavière.	95
2. Brême	97
3. Bade, Brunswick, Bavière rhénane	97
4. Code civil allemand	97
5. Suisse allemande	101
1. Grisons.	101
2. Zurich.	102
III. — <i>Législations récentes préparées sous l'influence française</i>	106
1. Japon.	106
2. Empire d'Annam	107
3. Madagascar	108
CHAPITRE III. — Inconvénients du régime actuel.	113
I. — <i>Atteinte portée au crédit public</i>	114
II. — <i>Difficultés dans la transmission des immeubles</i>	123
§ 1. — <i>Au point de vue de la purge.</i>	123
§ 2. — <i>Au point de vue de la procédure d'ordres.</i>	130
III. — <i>Inefficacité de la protection que l'hypothèque légale avec ses caractères actuels donne à la femme</i>	142
IV. — <i>Difficultés de modifier les caractères actuels de l'hypothèque légale par les moyens que la loi organise à cet effet.</i>	147
CHAPITRE IV. — Texte du projet de loi. — Considérations générales.	155
I. — <i>Texte</i>	155
II. — <i>Considérations générales</i>	159
1. But de la réforme. Son application pratique.	159
2. Nature de l'hypothèque légale de la femme. Fondement d'une hypothèque purement conventionnelle.	167
III. — <i>Questions soulevées.</i>	174
Les personnes requérant inscription devront-elles fournir des justifications?	175

La publicité dont l'hypothèque légale doit être entourée étant requise surtout dans l'intérêt des tiers, faut-il décider que, seuls, pourront se prévaloir du défaut d'inscription les personnes auxquelles s'applique cette terminologie ?	177
La détermination d'une hypothèque est-elle une formalité substantielle du contrat ? . .	181
Situation de la femme mariée sans contrat. .	183
CHAPITRE V. — Dispositions relatives à la publicité . .	186
I. — <i>Rang de l'hypothèque légale</i>	188
1. Y a-t-il lieu de donner un effet rétroactif à l'inscription prise dans un certain délai	188
2. De la péremption et de la soumission au renouvellement	194
3. Des causes qui arrêteront le cours des inscriptions.	198
II. — <i>Personnes chargées ou admises à requérir inscription .</i>	206
1. Bonditions d'exercice de cette faculté.	215
2. Quelles autres personnes pourraient en être chargées.	219
III. — <i>De la faculté de sursis.</i>	227
IV. — <i>De la radiation lorsque l'union projetée ne s'accomplit pas</i>	233
V. — <i>Des prénotations</i>	236
CHAPITRE VI. — Dispositions relatives à la spécialité. .	238
I. — <i>Eléments de la spécialité.</i>	241
II. — <i>Des énonciations que devront contenir les bordereaux d'inscription.</i>	247
III. — <i>Quels immeubles du mari seront susceptibles d'être grevés ?</i>	251
1. Immeubles du commerçant failli	251
2. Conquêts de communauté	255
3. Des navires.	260
IV. — <i>Des modifications qui peuvent être apportées à l'assiette de l'hypothèque légale au cours du mariage</i>	261
1. Réduction.	261
2. Extension.	270

CHAPITRE VII. — Des différents traités que la femme peut passer relativement à son hypothèque.	272
I. — <i>De l'exercice du droit de renonciation.</i>	272
II. — <i>Des différents traités que la femme peut consentir.</i> . .	282
1. Transport-cession de la créance hypothécaire .	283
2. Subrogation proprement dite à la créance hypothécaire à la suite d'un paiement.	284
3. Cession de l'hypothèque indépendamment de la créance.	285
4. Cession d'antériorité.	290
5. Renonciation	292
III. — <i>Disposition particulière de l'article 23.</i>	297
CONCLUSION	303

Imp. G. St-Aubin et Thevenot. — J. Thevenot, successeur, St-Dizier (Hte-Marne).
